



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Christiano Falk Fragoso

Autoritarismo e Sistema Penal

Rio de Janeiro

2011

Christiano Falk Fragoso

Autoritarismo e sistema penal

Tese apresentada, como requisito parcial a obtenção do Título de Doutor em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F811a Fragoso, Christiano Falk.

Autoritarismo e sistema penal / Christiano Falk Fragoso. - 2011.
373 f.

Orientador: Nilo Batista.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Sistema penal - Teses. 2. Autoritarismo - Teses. 3. Nazismo - Teses.
I. Batista, Nilo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU 343.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Christiano Falk Fragoso

Autoritarismo e sistema penal

Tese apresentada, como requisito parcial a obtenção do Título de Doutor em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade..

Aprovado em: 30 de setembro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Jorge Luiz Camara
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassu
Faculdade de Direito da UERJ

Prof.^a Ester Kosovski
Faculdade de Direito da UFRJ

Prof. Daniel Raizman
Faculdade da UFF

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Esta obra é dedicada à
memória de meu avô materno, KURT FALK (1913-1996),
que sofreu duramente a perseguição nazista contra os judeus

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas a quem agradeço por auxílios imprescindíveis na longa caminhada para que este trabalho fosse possível. Mais uma vez, o professor **Nilo Batista**, meu orientador, me incentivou e me iluminou nos momentos mais duros deste percurso. As observações dos professores **Juarez Tavares** e **Carlos Eduardo Adriano Japiassú**, na banca de qualificação e em diversos outros momentos, também foram, para mim, de extrema valia.

Muitos outros amigos me ajudaram enormemente na obtenção de material bibliográfico para o preparo desta tese: **Clessio Moura de Souza**, **Maurício Stegemann Dieter**, **André Giamberardino** e **Cristiane Carvalho**. Agradeço também bastante a todos no **Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht**, e principalmente a **Jan-Michel Simon**, por terem me acolhido em Freiburg im Breisgau no mês de maio de 2011, onde pude realizar pesquisas indispensáveis para a produção deste trabalho.

Agradeço, e muito, também a todos os meus colegas advogados que trabalham ou trabalharam no escritório durante este período do doutorado; neste momento difícil, eles supriram minhas ausências e toleraram minhas prolongadas divagações sobre o assunto — a meu pai **Fernando**, a meu irmão **Rodrigo**, a **Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma**, a **Leonardo Salgueiro Lopes**, a **Ana Lucia Paim Sergio**, a **Claudia Nasr**, a **Arianne Câmara Nery**, a **Rakel de Oliveira Duque**, a **Roberta Clapp de Souza**, a **Bruno Castro da Rocha**, a **Jan Buhatem Neto**, a **Silvana Patt da Silva Pinto**, a **Fernando Antonio Osório Tabet**, a **Eduardo Luvizeto**, a **Rafael Barone Zimmaro**, a **Rogério Navarro**, a **Luis Felipe Pereira** e a **Julia Sandroni** e a todos os nossos estagiários, expresso o meu muito obrigado!

Agradeço, ainda, aos demais membros de minha família, minha mãe **Beatriz**, minha avó **Lélia**, meu padrasto **Kaká** e minha madrasta **Christina**, e à minha namorada **Juliana**, que tiveram muita paciência comigo nesses difíceis meses do doutorado e cujas palavras de estímulo foram vitais.

“A verdadeira autoridade não tem que ser autoritária”

(Hans-Georg Gadamer)

RESUMO

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. 2011. 373f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O autoritarismo, complexo fenômeno social largamente estudado pela Ciência Política e pela Psicologia Social, é aqui pesquisado em suas articulações com o sistema penal. Na medida em que o autoritarismo deriva do poder e em que o sistema penal deriva do direito, são estudados os conceitos de poder e de direito, em suas peculiaridades e inter-relações. Em seguida, examinam-se a história da construção do conceito de autoridade e os contextos políticos e psicológico-sociais em que o termo autoritarismo tem sido empregado, para, em seguida, analisar, abstrata e conceitualmente, suas inter-relações com o sistema penal. Observa-se que o autoritarismo é característica estrutural de todo e qualquer sistema penal, manifestando-se nas mais variadas agências desse sistema, e em todos os planos: na criminalização primária (ou seja, na edição de leis penais), na criminalização secundária (i.e., na aplicação concreta de poder punitivo a autores concretos), no poder positivo configurador da vida social, no discurso-jurídico penal (nas teorias dos juristas) e nos sistemas penais paralelo e subterrâneo. Como hipóteses de trabalho, são examinados o sistema penal alemão nazista e o sistema penal brasileiro contemporâneo, buscando verificar, ainda, se e em que medida há coincidências em propostas político-criminais e em práticas concretas de poder punitivo.

Palavras-chave: Sistema penal. Autoritarismo. Nazismo.

ABSTRACT

Authoritarianism, a complex social phenomenon that is widely studied by Political Science and by Social Psychology, is researched in this thesis in its articulations with the criminal system. As authoritarianism is derived from power, and the criminal system is derived from the law, the concepts of power and law are studied in their peculiarities and interrelationships. Further on, there is the analysis of the history of construction of the authority concept, and the political and social-psychological contexts in which the term authoritarianism has been employed, and, thereafter, the analysis of its interrelationships with the criminal system, in an abstract and conceptual manner. It is noted that authoritarianism is a structural characteristic of any and all criminal system, being shown in the most varied agencies of this system, and in all its plans: in primary criminalization (i.e., enactment of criminal laws), in secondary criminalization (i.e., concrete application of punitive power to concrete authors), in the positive power that shapes social life, in the criminal legal speech (in the jurists' theories), and in the parallel and subterranean criminal systems. As work cases, the Nazi German criminal system and the contemporary Brazilian criminal system are examined, also trying to find out whether and to what extent there are any coincidences in political-criminal proposals and concrete practices of punitive power.

Keywords: Criminal system. Authoritarianism. Nazism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DIREITO, PODER E AUTORIDADE	14
1.1. Direito e poder	14
1.1.1. <u>Conceitos estáticos de direito: direito objetivo, direito subjetivo e ramo do saber</u>	15
1.1.2. <u>Conceitos dinâmicos de direito: função social</u>	17
1.1.3. <u>O conceito de poder</u>	21
1.1.4. <u>As relações entre direito e poder</u>	36
1.2. Poder e autoridade	44
2 AUTORITARISMO E SISTEMA PENAL	63
2.1. Contextos do uso do termo autoritarismo	63
2.1.1. <u>Autoritarismo como abuso na constituição ou no exercício da autoridade</u>	65
2.1.2. <u>Autoritarismo como regime político</u>	67
2.1.2.1. Autoritarismo e totalitarismo.....	68
2.1.2.2. Autoritarismo e democracia.....	78
2.1.3. <u>Autoritarismo como ideologia política</u>	82
2.1.4. <u>Autoritarismo psicológico-social</u>	87
2.1.5. <u>Para uma compreensão global do autoritarismo</u>	104
2.2. Sistema penal e autoritarismo	106
2.2.1. <u>Manifestações autoritárias no sistema penal</u>	111
2.2.2. <u>Autoritarismo: elemento essencial a qualquer sistema penal</u>	118
3 AUTORITARISMO NO SISTEMA PENAL NAZISTA	120
3.1. Percorso histórico da dominação nazista	122
3.2. Autoritarismo na Alemanha nazista	135
3.2.1. <u>Articulações do autoritarismo com o direito na Alemanha nazista</u>	140
3.3. Autoritarismo e sistema penal subterrâneo nazista	146
3.4. Autoritarismo e seletividade no sistema penal nazista	153
3.5. Algumas manifestações específicas do autoritarismo punitivo nazista	155
3.5.1. <u>Legislação penal nazista: expansão e combate</u>	157
3.5.2. <u>Vigiar e punir no nazismo: Sociedade de controle e punitivismo</u>	166
3.5.3. <u>Autoritarismo no processo penal nazista: o caso da Untersuchungshaft</u>	170

3.6.	Idéias-chave do sistema penal nazista: segurança da comunidade do povo, são sentimento do povo alemão e Kein Verbrechen ohne Strafe.....	176
3.7.	Autoritarismo criminológico e jurídico-penal sob o nazismo	182
3.7.1.	<u>Autoritarismo nas agências de discurso criminológico ou jurídico-penal</u>	183
3.7.2.	<u>Criminologia nazista</u>	187
3.7.3.	<u>Direito penal nazista</u>	194
3.7.3.1.	Abandono do princípio da legalidade: nullum crimen sine poena.....	198
3.7.3.2.	Conteúdo material do crime: violação de dever para com a comunidade.....	202
3.7.3.3.	Direito penal da vontade e de perigo (Willens- und Gefährdungsstrafrecht).....	204
3.7.3.4.	Direito penal de autor (Täterstrafrecht).....	210
3.7.3.5.	Antijuridicidade material e crimes omissivos.....	214
3.7.3.6.	Culpabilidade e periculosidade.....	218
3.7.3.7.	Penas e medidas de segurança.....	222
4	AUTORITARISMO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	232
4.1.	Percorso histórico dos tempos atuais	234
4.2.	Autoritarismo no Brasil contemporâneo	240
4.2.1.	<u>Articulações do autoritarismo com o direito no Brasil contemporâneo</u>	248
4.3.	Autoritarismo e sistema penal subterrâneo brasileiro	253
4.4.	Autoritarismo e seletividade no sistema penal brasileiro	256
4.5.	Algumas manifestações específicas de autoritarismo punitivo brasileiro	264
4.5.1.	<u>Legislação penal brasileira: expansão e administrativização</u>	265
4.5.2.	<u>Vigiar e punir no Brasil: sociedade de controle e grande encarceramento</u>	280
4.5.3.	<u>Autoritarismo no processo penal brasileiro: o caso da prisão preventiva</u>	289
4.6.	Idéias-chave do sistema penal brasileiro: Segurança cidadã, vontade de punir e populismo punitivo.....	294
4.7.	Autoritarismo criminológico e jurídico-penal no Brasil	299
4.7.1.	<u>Autoritarismo discursivo</u>	300
4.7.2.	<u>Autoritarismo na criminologia contemporânea</u>	302
4.7.3.	<u>Autoritarismo no direito penal contemporâneo</u>	306
4.7.3.1.	“Flexibilizações” do princípio da legalidade.....	307
4.7.3.2.	Proteção de bens jurídicos: abandono ou liquefação do conceito.....	311
4.7.3.3.	Direito penal da vontade e de perigo (Willens- und Gefährdungsstrafrecht) no Brasil.....	315

4.7.3.4. Direito penal de autor (Tätersstrafrecht) no Brasil.....	319
4.7.3.5. Antijuricidade material e crimes omissivos: tendências expansivas.....	322
4.7.3.6. Culpabilidade e periculosidade no direito penal brasileiro.....	326
4.7.3.7. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.....	329
5. CONCLUSÃO	339
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	344
ANEXO A — Parecer de F. Oetker, J. Nagler e H. von Weber	Erro! Indicador não definido.
ANEXO B — Exemplo de um decreto de Schutzhaft	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

Na linguagem cotidiana, é muito comum dizer-se que alguém é autoritário ou que certa conduta é autoritária. No discurso jurídico-penal¹ e na jurisprudência criminal², também é bastante frequente sustentar-se o autoritarismo de certa teoria, lei, punição ou decisão judicial. Vários trabalhos jurídico-penais chegam a tomar a idéia de autoritarismo como conceito-chave ou como fio condutor na análise de um ou de vários aspectos do sistema penal.

Emilio García Méndez analisou, em 1987, o autoritarismo no controle social, tomando como base as experiências ditatoriais na Argentina, no Uruguai e no Chile (Autoritarismo y control social, 1987). **Lola Aniyar de Castro**, dois anos depois, falaria do projeto repressivo autoritário da democracia(1989, p. 59ss). No início da década de 1990, **Lynne Henderson** abordou como o autoritarismo se relaciona com o rule of law (1990-1991, p. 397ss). Entre fins do século passado e início deste, diversos trabalhos voltariam a tratar do autoritarismo: **Stefan Braum** veria na investigação encoberta uma característica do processo penal autoritário(2000, p. 3ss), e **Alexandre Costi Pandolfo** e **Marcelo Mayora** abordariam a dialética entre os discursos jurídico-penais autoritários e os garantistas(2006, p. 287ss); enquanto isso, **Carlos Julio Lascano** (2004, p. 179ss) e **José L. Gonzales Cussac** (2007, p. 199ss)sustentariam que a doutrina do direito penal do inimigo constituiria o renascimento do pensamento autoritário no estado de direito, e **Debora Regina Pastana** (2009, p. 13ss) mostraria o descompasso, no Brasil, entre o discurso democrático e a prática autoritária da justiça penal.

Trabalhos que vinculam autoritarismo a algum aspecto do sistema penal têm em comum, em regra, uma de duas circunstâncias: ou mencionam o autoritarismo como mera figura de retórica, sem qualquer tipo de interlocução próxima com a ciência política e com a

¹ **Zaffaroni** e **Batista** fazem referência, algumas vezes, ao autoritarismo: “discurso formalmente liberal e funcionalmente autoritário” (2010, p. 59), “poder punitivo autoritário” (2010, p. 60), “sistema autoritário” (2010, p. 127).

² No STF, o Ministro **Celso de Mello**, em acórdãos de vários habeas corpus, costuma ressaltar que interpretações fundadas em discursos de conteúdo autoritário não podem vulnerar direitos e garantias fundamentais proclamados na Constituição da República (v., p.ex., as ementas dos seguintes habeas corpus: HC 95.886/RJ, HC 84.850/SP, HC 93.352/RJ, HC 98.862/SP, HC 96.577/DF, HC 96.065/SP, HC 93.056/PE, HC 94.404/SP, HC 93.883/SP, etc). O Min. **Menezes Direito**, ao profligar a falta de fundamentação de uma decisão judicial, diria, certa vez, que “a decisão judicial não é um ato autoritário” (v. ementa do Rec. Ext. n.º 540.995/RJ, grifo meu).

psicologia social, ou, o que é mais bem freqüente, examinam o autoritarismo apenas a partir de um contexto (como abuso de autoridade, ou como regime político, por exemplo).

Esta tese, que busca discutir as inter-relações do autoritarismo com o sistema penal, parte das premissas de que, para compreendê-las e analisá-las, são imprescindíveis uma profunda interlocução com a ciência política e com a psicologia social, e uma compreensão do autoritarismo em todos os contextos em que tal conceito tem sido utilizado nessas ciências sociais. A partir dessas premissas, buscar-se-á, nesta tese, examinar, abrangendo vários quadrantes do sistema penal (o poder punitivo, a legislação penal e o discurso jurídico-penal), se há e qual seria a relação entre o autoritarismo e o sistema penal: este é o objeto principal desta tese.

No caminho para a análise de tais relações entre autoritarismo e sistema penal, afigura-se indispensável analisar os plurívocos conceitos de poder e de direito, e, em seguida, suas inter-relações; isto será realizado na primeira parte do **capítulo 1**. Em seguida, ainda como premissa importante para a compreensão do autoritarismo, passa-se, na segunda parte do **capítulo 1**, à abordagem do acidentado percurso histórico do conceito de autoridade.

No **capítulo 2**, são analisados primeiramente os diversos contextos, hauridos da ciência política e da psicologia social, em que o termo autoritarismo tem sido tradicionalmente utilizado, indicando quais as acepções em cada um desses contextos. Em seguida, ainda neste capítulo, procura-se, a partir da caracterização do sistema penal (como um todo e em seus elementos constitutivos), analisar teoricamente quais as relações entre o autoritarismo, naquelas diversas acepções e contextos, e o sistema penal.

A efetiva existência dessas inter-relações entre autoritarismo e sistema penal não poderia, todavia, deixar de ser analisada a partir do exame de sistemas penais concretos. Na medida em que é precisamente a partir da traumática experiência política do nazismo que o estudo do autoritarismo surge na psicologia social e se aprofunda na ciência política, esta tese buscará analisar, concretamente, o autoritarismo no sistema penal alemão nazista. Por isso, já depois da análise teórica acerca das relações entre autoritarismo e sistema penal, e como meio de aferir, na realidade histórica, tais relações, a presente tese buscará examinar se, em que medida e como o autoritarismo nazista se manifestou no sistema penal alemão do Terceiro Reich. Este é o objeto do **capítulo 3**.

A escolha do sistema penal nazista ainda se mostra adequada e interessante por vários outros aspectos: (i) primeiro, porque, em 1933 (ano em que **Hitler** sobe ao poder), a ciência penal alemã já se encontrava em estágio bastante avançado (já era a terra de **Franz v. Liszt**,

Ernst Beling, Karl Binding, Reinhard Frank, Bertold Freudenthal etc.), sendo muito interessante examinar se e em que medida o autoritarismo nazista afetou as idéias predominantes da dogmática jurídico-penal de então; **(ii)** segundo, porque o sistema penal alemão nazista (afora, em alguma medida, o sistema penal subterrâneo dos campos de concentração) é muito pouco conhecido no Brasil, pois não há, salvo engano, obras que tenham se dedicado a examiná-lo, nem mesmo superficialmente (na doutrina brasileira, só são, em regra, encontradas referências esparsas a leis penais nazistas que permitiram analogia e retroatividade em matéria penal e, por vezes, a medidas de segurança instituídas pelos nazistas); e **(iii)** terceiro, porque, desse modo, demonstrar-se-á qual o resultado concreto de um verdadeiro direito penal do inimigo (conceito hoje cunhado por **Günther Jakobs** (2009, p. 1ss)), diversamente de outros trabalhos que abordam o tema em termos pura ou predominantemente abstratos.

A circunstância de que o Estado alemão nazista é, declarada e reconhecidamente, um regime político autoritário leva à necessidade ulterior de análise de um sistema penal concreto de um país de um Estado democrático. A escolha natural recaiu sobre o sistema penal brasileiro contemporâneo, que é objeto do **capítulo 4**. Neste capítulo, buscar-se-á, a partir dos conhecimentos obtidos com as conclusões dos capítulos anteriores, avaliar se é possível falar-se em autoritarismo em um regime político democrático, e se e em que medida haveria manifestações autoritárias no sistema penal brasileiro contemporâneo. Também procurar-se-á avaliar, neste capítulo, se e em que medida são procedentes as afirmações de vários penalistas³ de que propostas político-criminais atuais se assemelham a propostas político-criminais do nazismo, bem como se uma eventual semelhança poderia se dever a concepções e a práticas passíveis de serem enquadradas ou inspiradas no autoritarismo.

Para melhor fluência e comodidade na leitura, optou-se por traduzir livremente as citações das fontes primárias ou secundárias consultadas em língua estrangeira; por idêntica razão, foram atualizados os trechos extraídos de livros escritos no vernáculo com ortografia não mais vigente.

³ Já em 1947, **Jimenez de Asúa** denunciava que importantes correntes da política criminal tinham “parentesco inconsciente” com o nazismo (ASUA, *El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista*, 1947, p. 64). **Zaffaroni**, ao prefaciar recentíssima tradução de obra de **Grispigni** e **Mezger** publicada durante o nazismo, garante que decifrar a política criminal nazista permite descobrir “que selo de origem têm algumas propostas político-criminais do presente” (GRISPIGNI & MEZGER, 2009).

1

DIREITO, PODER E AUTORIDADE

Em sentido vulgar, ser autoritário significa, dizem os léxicos, ser despótico, ser ditatorial, abusar de um poder ou de uma autoridade que se detenha.⁴ O termo autoritarismo é, todavia, um conceito que tem sido muito discutido em importantes áreas do saber (principalmente a ciência política e a psicologia social); uma análise das inter-relações entre autoritarismo e sistema penal deve estar necessariamente atrelada às discussões travadas nessas áreas do saber.

O estudo do conceito de autoritarismo pressupõe claramente a análise de conceitos mais amplos, a ele atrelados, tais como poder e autoridade.⁵ O sistema penal, por sua vez, se relaciona estreitamente com o direito, pois se trata de um sistema, ainda que em parte, criado, regulado e sustentado por normas jurídicas e por discursos jurídicos (ou, ao menos, que se pretendem jurídicos).⁶ Neste capítulo I, pretendo analisar as inter-relações entre direito e poder, e entre poder e autoridade, que constituem passos importantes para chegar ao conceito de autoritarismo.

1.1. Direito e poder

Direito e poder estão entre aqueles termos que só aparentemente são de conceituação simples. São termos que, por sua significação para várias áreas do saber (e pelas funções que exercem ou pretendam exercer na sociedade), têm sido objeto de conceituações distintas (para incluir diversas concepções filosóficas, sociológicas e jurídicas), que frequentemente levam a definições díspares e até contraditórias.

⁴ **Laudelino Freire** assim definia autoritário: “adj. lat. auctoritas + ário. Relativo a autoridade. 2. Que tem caráter de autoridade. 3. Que é partidário da autoridade. 4. Que se impõe pela autoridade. 5. Despótico, dominador. 6. Arrogante. 7. Violento”; e autoritariamente: “adv. de autoritário + mente. De modo autoritário, arbitrariamente, despoticamente” (1954, p. 894).

⁵ **Harald Löberbauer** sustenta, com razão, que é importante que o autoritarismo seja relacionado com o conceito de autoridade, para permitir uma consideração analítica comparativa (2004, p. 5).

⁶ “O sistema penal está inserido no contexto de um sistema jurídico” (DOTTI, Curso de Direito Penal, 2004, p. 4). Nem mesmo **Zaffaroni** que — acertadamente — amplia o conceito de sistema penal, para nele inserir órgãos que, na doutrina majoritária, seriam alheios ao sistema penal (tais como as agências de comunicação social, de reprodução ideológica, internacionais ou transnacionais (2000, p. 18)), e para incluir sistemas penais paralelos (com caráter punitivo, mas não regulados por leis penais manifestas) e subterrâneos (à margem ou contrários à lei penal), jamais negaria tal ligação (2000, pp. 23-24).

A literatura sobre os conceitos de direito e de poder é vastíssima e tende a um alto nível de complexidade e de subjetividade⁷, cuja discussão justificaria uma obra inteira (o que evidentemente não é possível, nem é o objeto central deste trabalho). Por isso, consideram-se aqui apenas as principais acepções nas quais as expressões direito e poder têm sido geralmente empregadas.

1.1.1. Conceitos estáticos de direito: direito objetivo, direito subjetivo e ramo do saber

Ainda sem considerar a dinâmica do direito na sociedade, pode-se dizer que o termo direito tem sido empregado, em regra, no sentido de:

- (i) um conjunto de preceitos que regulam, de modo coercitivo, a ação exterior do homem (fala-se, nesse sentido, em direito objetivo) (LIMA H. , 1933, p. 159); ou
- (ii) para designar a faculdade que cada indivíduo possui de agir livremente dentro dos limites da regra jurídica (o chamado direito subjetivo) (LIMA H. , 1933, p. 166); ou
- (iii) para se referir à teoria ou à disciplina que estuda o ordenamento jurídico e as relações jurídicas ou, colocado de outro modo, o discurso⁸ dos juristas sobre este campo do saber (para alguns, o direito-ciência ou, mais apropriadamente, o direito como saber).⁹

Essas três acepções também podem ser facilmente encontradas entre autores de direito penal. Praticamente todos os autores aceitam e empregam o termo direito penal nas acepções de direito objetivo e de ramo do saber (itens i e iii, supra).¹⁰ A maior controvérsia reside no suposto direito penal subjetivo (item ii, supra), no que toca ao seu conceito, e, mais profundamente, no que toca à possibilidade de falar-se em tal categoria.

A distinção entre direito objetivo e direito subjetivo provém da Escolástica, e foi restabelecida no Direito Penal por **Karl Binding** (SIQUEIRA, 1950, p. 17), sendo muito discutida desde o entorno da virada do século XIX para o século XX. Em seu Handbuch,

⁷ **John Kenneth Galbraith**, autor de interessante livro sobre A Anatomia do Poder, assegura que nenhuma vida é tão longa para ler todos os livros sobre poder, e que se trata de tema com tendência à complexidade e à subjetividade (1983, p. XV).

⁸ Diz **Giddens** que discurso é a “a estrutura do pensamento em uma área particular da vida social” (2005, p. 565).

⁹ Praticamente todos os livros jurídicos que usam, em seus títulos, o termo direito, empregam-no precisamente nesta acepção de teoria jurídica. O livro de **Hermes Lima**, cujos conceitos foram aqui invocados, chamava-se “Introdução à ciência do direito” (1933), e evidentemente o termo direito é aqui empregado na última acepção.

¹⁰ Apenas à guisa de exemplo, o emprego nos sentidos de direito objetivo e de teoria jurídica pode ser visto em **Galdino Siqueira** (1950, p. 15), **Aníbal Bruno** (1967, p. 14 e 26), em **Figueiredo Dias** (2004, p. 3), e vários outros.

Binding, de fato, dizia que o detentor (Inhaber) do direito penal subjetivo era o Estado ou, mais corretamente, o portador do poder estatal (especialmente o monarca) (1885, p. 477).

August Finger confessava o paralelismo com o direito privado: o direito penal, “como o direito privado, é dividido em um direito, no sentido objetivo, e um direito, no sentido subjetivo da palavra” (1912, p. 1). Ocorre que, mesmo entre aqueles que admitiam o direito penal subjetivo, nunca houve consenso quanto ao seu conceito: alguns sustentavam que “direito penal subjetivo” era o direito do Estado de editar leis penais, enquanto outros sustentavam que “direito penal subjetivo” era o direito que, depois da prática do delito, surgia, para o Estado, de impor a pena ao respectivo autor. **Friedrich Wachenfeld** dizia, na primeira corrente, que “sob direito penal em sentido subjetivo entende-se a competência de prover preceitos jurídico-penais (ius puniendi), isto é determinar por lei aquela conduta que traz para si a pena como consequência” (1914, p. 2).¹¹ **Franz von Liszt**, na segunda corrente, aceitava o direito penal subjetivo e dizia que “dele só se pode falar sob o pressuposto de que o poder de punir do Estado, em si ilimitado e isento da tutela do direito, impôs-se prudente limitação com determinar a condição e o objeto do seu exercício (o crime e a pena)” (1899, p. 1); e resumia: “o direito público de punir é o poder público de punir juridicamente limitado” (1899, p. 1).

A artificialidade do transplante, desde o direito privado, da categoria do direito subjetivo, fica clara quando se vê que **Finger** sustentava que “esse direito penal é simultaneamente dever penal” (1912, p. 261), e que **Stooss** dizia que o direito penal subjetivo é “mais corretamente, o dever penal do Estado” (1913, p. 1). Essas afirmações contrariam totalmente a teoria civilística do direito subjetivo, pois, numa única relação jurídica, a mesma prestação não pode simultaneamente constituir, para um sujeito, um direito e um dever, e ser conceituada como um direito subjetivo.

Galdino Siqueira já dizia que “o conceito de direito subjetivo de punir deve ser repellido, como coisa estranha ao direito penal” (1950, p. 21); no que era seguido por **Aníbal Bruno**: é “construção difícil de acomodar-se à realidade da atuação da Justiça Penal” (1967, p. 21).¹² Ambos os juristas pátrios consideravam, com acerto, que o suposto direito subjetivo

¹¹ O direito penal subjetivo, para **Finger**, assim se originava: “de acordo com esses preceitos jurídicos [do direito objetivo], nasce, para o Estado, um direito de punir, um direito penal no sentido subjetivo da palavra (uma pretensão penal)” (1912, pp. 1-2); e era assim definido: “Sujeito desse direito é hoje o Estado. [...] O direito penal em sentido subjetivo consiste na pretensão frente ao criminoso de tolerar o mal da pena. A pretensão penal tem o mesmo conteúdo que o direito penal” (em sentido subjetivo) (1912, p. 261). No mesmo sentido, ALLFELD & MEYER, 1922, p. 1.

¹² E **Aníbal Bruno** continua: “A tentativa da dogmática, de estender o conceito de direito subjetivo ao domínio do Direito Penal e nele traduzir a natureza do poder punitivo estatal, procura estabelecer unidade sistemática na noção de poderes

de punir é, na verdade, um poder de punir: “aquilo que, impropriamente, se diz direito subjetivo de punir não é, senão, o supremo poder que o Estado tem de infligir a pena” (SIQUEIRA, 1950, p. 21); e mais, “na chamada relação punitiva o que se manifesta é aquele imperium a que se referem os publicistas ‘o poder de dominação do Estado’, a que está sujeito o réu, não por uma obrigação jurídica, mas pela submissão absoluta, irresistível, que, nos limites definidos pelo Direito, esse poder impõe”, sendo, enfim, “um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal”: “reduzi-lo a um direito subjetivo falsifica a natureza real dessa função” (BRUNO, 1967, pp. 20-22).

Figueiredo Dias ainda diz que o valor heurístico do conceito de direito penal subjetivo é diminuto e pode tornar-se equívoco (pelo apelo ao poder soberano do Estado, apontando para uma suposta competência irrestrita do legislador) (2004, p. 6). **Nilo Batista** ressalta, em seu trabalho de livre-docência em 1988 na UERJ, que admitir, em qualquer das correntes, um “direito penal subjetivo acaba por resultar tecnicamente inútil e politicamente perigoso”, e que “a idéia de jus puniendi, particularmente quando referida ao momento legislativo (e sobrevive assim em inúmeros trabalhos brasileiros, como vimos), transforma-se no eixo de uma concepção autoritária do estado”(1999, p. 109).

Logo nas primeiras linhas de seu tratado, **Zaffaroni** critica veementemente o uso indistinto da expressão direito penal nessas três acepções tradicionais: “a imprecisão não é inócua, porque confunde direito penal (discurso dos juristas) com legislação penal (ato do poder político)”, e também confunde direito penal com poder punitivo (“forma de coação estatal, caracterizada pelas penas”) (2000, p. 3). O ideal é que sejam utilizados os termos legislação penal (para se referir ao que se tem chamado direito penal objetivo), poder punitivo (para exprimir a coação estatal obtida ou buscada com as penas, que dificilmente pode ser confundida com direito subjetivo) e direito penal (como ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação de leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões).¹³

1.1.2. Conceitos dinâmicos de direito: função social

jurídicos, mas o que resulta é uma turbação da pureza daquele conceito, tão nitidamente definido no direito privado. Daí a elasticidade que se lhe tem imposto para que ele possa conter a realidade penal”. Para falar em direito subjetivo de punir “se deforma o conceito até aqui elaborado no Direito privado ou na teoria geral do direito, ou se deturpa a natureza própria do direito penal. Introduce-se na matéria um elemento de confusão, nocivo à precisão de conceito, que é exigência de toda elaboração científica” (1967, pp. 23, nota de rodapé 14). **Anibal Bruno** chega a empregar a expressão poder punitivo (1967, pp. 22-23, notas de rodapé 13 e 14).

¹³ Adere-se, aqui, à crítica e também se busca empregar, nesta obra, as expressões direito penal, legislação penal e poder punitivo nas acepções que **Zaffaroni** consagra.

O direito em geral (e o direito penal em particular) também é frequentemente conceituado a partir das funções sociais a ele atribuídas. É inteiramente impossível examinar, no âmbito desta tese, todas as funções sociais que, na história jurídica, têm sido atribuídas ao direito. Esse é um tema central da sociologia do direito, que nem mesmo **Soriano**, em sua magistral *Sociología del Derecho*, ousa pretender esgotar; diz ele: “não acabaríamos nunca se nos propuséssemos agora à resenha de quais são as funções sociais que os sociólogos atribuem ao direito” (1997, p. 382). Todavia, a referência a algumas dessas funções sociais é interessante para o posterior exame de suas relações com o poder.

São inúmeros os métodos classificatórios das funções sociais do direito: **Soriano** indica quatro métodos, e diz que eles “se complicam e se entrelaçam” (1997, p. 381); adota-se aqui a quarta classificação citada por **Soriano**, desenvolvida por **Robert Merton**¹⁴ e amplamente usada na investigação social, que divide as funções sociais em funções expressas (ou manifestas ou declaradas) e funções latentes (ou seja, não-declaradas, mas operantes).¹⁵

Muitas são as funções sociais que, isolada ou conjuntamente, são invocadas pelos autores para definir o direito. A função social (expressa) do direito, muitas vezes, é construída, como mostra **Hespanha**¹⁶, em torno de um valor (ou mais valores) considerado(s) preponderante(s); nesse diapasão, é muito comum considerar que a função social do direito está em obter a igualdade, a paz social, a defesa social, a segurança, a eficiência etc.

“Uma das funções do direito mais geralmente aceite é — diz **Hespanha** — a de instaurar a igualdade, constituindo uma das componentes mais importantes do ‘imaginário’ espontâneo dos juristas” (2009, p. 168). É muito freqüente a invocação pretensiosa da

¹⁴ É de suma importância analisar, sempre, as funções latentes atreladas a cada função manifesta atribuída ao direito (1967, p. 115). A introdução desse conceito de funções latentes, como bem diz **Merton**, constituiu um salto qualitativo no exame de estruturas e comportamentos sociais. Tal conceito esclarece a análise de padrões sociais aparentemente irracionais, pois a distinção (funções manifestas – funções latentes) auxilia a interpretação sociológica de muitas práticas sociais que persistem mesmo que o propósito manifesto não seja atingido; ademais, a atenção do observador vai além da questão de se o comportamento obtém, ou não, o seu propósito declarado (1967, p. 118). Confinar-se ao estudo das funções manifestas não permite entender questões de alta relevância, e é precisamente ao se buscar as funções latentes que são realizadas as maiores e mais singulares contribuições (1967, pp. 119-120). A análise da função latente traz conhecimento não comum, não ordinário, precisamente porque se trata de analisar consequências não-declaradas e não-reconhecidas; ainda que a análise das funções latentes parta, mais ou menos, das funções manifestas declaradas, a pesquisa que as revela leva, muitas vezes, a resultados paradoxais, e que mostram que a vida não é tão simples quanto parece (1967, p. 122). **Merton** ainda afirma que “avaliações morais baseadas nas funções manifestas tendem a ser polarizadas em termos de preto ou branco”, e que apenas a consideração das funções latentes pode amenizar isto (1967, p. 122).

¹⁵ Poucos são os autores, no Brasil, que diferenciam funções sociais manifestas e funções sociais latentes do direito penal. São exceções, entre outros: **Nilo Batista**, já em 1988, falava pioneiramente em “funções ocultas ou não declaradas da pena” (1999, p. 113); **Juarez Cirino dos Santos** se refere a objetivos declarados do discurso jurídico oficial (que seria a proteção de bem jurídicos) e a objetivos reais do discurso jurídico crítico (que seriam a instituição e a reprodução das relações sociais e de encobrimento da natureza dessas relações) (2006, p. 4ss); e **Ana Lucia Sabadell**, que admite as funções declaradas e as funções latentes, em seu belo *Manual de Sociologia Jurídica* (2005, p. 155).

¹⁶ Toda a exposição de **Hespanha** quanto às funções sociais do direito é estruturada a partir dos valores que os autores consideram preponderantes (2009, p. 161ss).

“manutenção da paz social” como função do direito, e até do direito penal (BARROS, 2003, p. 3); menos ambiciosamente, mas igualmente frequente, é dizer-se que a função do direito é a defesa social. Atribuir tal função (de defesa social) ao direito penal — como bem diz **Baratta** (1999, p. 41ss) — é característica marcante comum às escolas clássica e moderna. No Brasil, **Aníbal Bruno** di-lo expressamente: “fim do direito penal é, portanto, a defesa da sociedade” (1967, p. 14).

Na perspectiva de que a segurança é a função central do direito destaca-se a concepção de **Niklas Luhmann** de que “a evolução social está ligada à criação de mecanismos de redução de complexidade” (HESPANHA, 2009, p. 210); diz, textualmente, **Luhmann**: “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas” (1983, p. 109), assim, as normas jurídicas consistem em “expectativas comportamentais generalizadas congruentemente” (1983, p. 115); ou seja, elas estabilizariam as expectativas sociais.

Outros autores entendem que o direito deve promover a eficiência das relações sociais. Como bem diz **Hespanha**, eficiência é um termo equívoco, que pode servir a inúmeros fins e é, em si, pouco esclarecedor (2009, p. 230). A mais comum vinculação da idéia de eficiência ao direito está na “análise econômica do direito”, que tem importante representante em **Richard Posner**, da Escola de Chicago. **Posner** chega inclusive a sustentar uma teoria econômica do direito penal, com repercussões até na conformação de conceitos de dogmática jurídico-penal: “[entendo] que às teorias substantivas do direito penal, tanto quanto ao direito em geral, pode ser dado um significado econômico e pode, de fato, ser direcionado a promover eficiência” (1985, p. 1194).

Todas essas teorias são teorias de legitimação do direito, em conformidade com valores positivos que pretende sejam estabelecidos na sociedade. Por se centrar em funções expressas, sua capacidade de crítica do direito é, em geral, muito limitada e se circunscreve à obtenção, ou não, do fim que almeja.

Análises críticas, de outro lado, não se fixam em instituir, através do direito, um certo valor social; elas têm em comum as características de (i) buscar descortinar a função latente do direito, e (ii) de quebrar a aparência de neutralidade do direito, mostrando sua função real ou potencial de dominação social. Por vezes, esse descortinar se fixa em algum aspecto mais restrito dessa dominação (econômica, de gênero, ou étnica, p.ex.); outras vezes, a crítica é mais ampla e não tenta se explicar por um só fator. Centrando-se fundamentalmente no

aspecto econômico, **Karl Marx** entende que o direito é uma das manifestações sociais superestruturais de uma infra-estrutura constituída por relações sociais de produção e pela divisão da sociedade em classes (HESPANHA, 2009, p. 274), que visa à manutenção e à reprodução dessas relações e dessa divisão. No aspecto de gênero, estudos feministas defendem que o direito é um instrumento de dominação do homem contra a mulher, feito por homens e para homens; como ressalta **Sabadell**, isto já havia sido reconhecido por **Radbruch**, e teve sua formulação mais conhecida pela jurista americana **Frances Olsen** (2005, pp. 229-30). Também há abordagens no sentido de que o direito é um instrumento de dominação étnica, e que é pensado por brancos e para os brancos (no que apresenta clara analogia com o pensamento feminista) (HESPANHA, 2009, p. 295).

Outras correntes, ao buscarem a função social do direito, se centram, em verdade, em descobrir a função social do discurso jurídico (seja aquele inscrito na lei, seja aquele formulado pelos juristas), e não necessariamente do ordenamento jurídico. Por exemplo, o desconstrutivismo, que tem como importante representante **Jacques Derrida**, se dedica à crítica do poder (e o direito é, para eles, considerado uma manifestação de poder), daqueles que

“se arrogam a posse indiscutida de bens intelectuais ou simbólicos: dos que falam em nome da Verdade, da Razão, da Ciência, do Bom Senso, da Natureza, da Justiça. Desconstrução consiste em revelar os vários significados de um texto, para além dos explícitos ou apontados pelo autor, revelando a sua ambigüidade”, sendo, por isso, “sobretudo um método, mais profundo, mais perspicaz e mais livre” (HESPANHA, 2009, pp. 283-4).

Também numa esteira crítica da função social dos discursos jurídicos (na lei, na jurisprudência e na doutrina) estão os Critical Legal Studies (do qual **Roberto Mangabeira Unger** é importante representante, e se dedica a criticar a ideia de que o direito seja um saber politicamente neutro, limitado a aplicar ‘corretamente’ as normas ou precedentes). Os Critical Legal Studies se ligam à Escola Crítica de Frankfurt, que

“insistia em que, por detrás de valores tidos como universais, racionais ou cientificamente indiscutíveis, estavam preconceitos próprios de uma certa cultura, preconceitos esses que uma razão universal não podia validar” (HESPANHA, 2009, p. 289).

A Escola de Frankfurt, para descortinar esses preconceitos ocultos, advoga a interdisciplinaridade na análise do direito e o reconhecimento da politicidade do direito.¹⁷

¹⁷ **Hespanha** assim arremata: “Entretanto, o que a Escola Crítica do Direito propõe é mais do que substituir uma opinião doutrinária por outra: é, mais radicalmente, substituir as regras da prática e do discurso jurídicos, admitir que outro tipo de pessoas possam participar do diálogo acadêmico e jurisprudencial dos juristas, utilizar outros tipos de fatos como

Soriano, embora afirme que a função social do direito é, muitas vezes, fixada em torno de certos valores e afirme a existência de funções latentes, busca sistematizar as funções sociais do direito em atenção aos efeitos concretos que se pretende sejam obtidos: **(i)** função de organização da sociedade; **(ii)** função orientativa-persuasiva; **(iii)** função de controle social; **(iv)** função de resolução de conflitos; **(v)** função legitimadora do poder; **(vi)** função distributiva; e **(vii)** função de promoção do avanço de valores e princípios (1997, p. 384ss).

É muito disseminada a concepção de que o direito penal constitui um sistema de controle social; inúmeros autores a ressaltam: p.ex., **Enrique Cury**: “o direito penal, pela natureza das funções que deve cumprir, constitui um sistema de controle social” e é o “mais enérgico”, e, até por isso, “tem de estar atento aos câmbios experimentados pela trama das relações sociais, a fim de não constituir em um instrumento insuportável de dominação interessada e conservadora” (2005, p. 62). **Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini**, no mesmo sentido:

“pode-se definir o Direito Penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos de controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras conseqüências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo” (2007, p. 24).

As funções atribuídas ao direito penal pelos autores citados se referem a uma ou mais acepções de direito penal: como poder punitivo, como legislação penal, ou como saber jurídico. **Zaffaroni**, ao circunscrever sua definição de direito penal à de um saber jurídico¹⁸, assinala claramente as funções que se lhe atribui: **(i)** conter e reduzir poder punitivo; e **(ii)** impulsionar o progresso do Estado Constitucional de Direito.

1.1.3. O conceito de poder

É feliz a afirmativa de **Galbraith** de que a história é freqüentemente escrita em torno do exercício de poder (1983, p. 89). Poder é, evidentemente, um dos conceitos-chave na tradição do pensamento ocidental sobre fenômenos políticos, sendo incrível a falta de acordo quanto à sua específica definição (PARSONS, 1986, p. 94). De todos os conceitos usados por

relevantes, falar uma outra linguagem e, sobretudo, admitir que o direito é um saber controverso, cujas escolhas representam também opções de ideologia e política” (2009, pp. 291-2)

¹⁸ “É o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação de leis penais, propõe aos juizes um sistema orientador de decisões que contém e reduz poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (2000, p. 4).

sociólogos, poucos são fonte de mais confusão e incompreensão do que o de poder (LENSKI, 1986, p. 243), o que, em parte, se deve ao fato de que “o poder está quase sempre acompanhado de ideologias para justificar as ações dos poderosos” (GIDDENS, 2005, p. 342); a referência ao poder raramente é neutra (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 11). De outra parte, a rica gama de fenômenos ligados ao exercício de poder também dificulta sobremaneira a obtenção de uma definição incontroversa. Alguma compreensão do poder, todavia, é vista como indispensável para a avaliação ética de sistemas políticos (DAHL, *Power as control of behavior*, 1986, p. 38).

A maioria das pessoas tem uma noção intuitiva do que “poder” significa, mas os teóricos ainda não formularam um conceito de poder que seja suficientemente rigoroso para ser usado no estudo sistemático deste importante fenômeno social (DAHL, *The concept of power*, 1957, p. 201). As definições de poder se referem, em regra, à detenção ou ao exercício do poder. **Max Weber** assim conceituava o poder: “a probabilidade de que um ator numa relação social esteja na posição de fazer prevalecer sua própria vontade, apesar de resistência, e independentemente da base na qual essa probabilidade se apóia” (LUKES, 1986, p. 2).¹⁹ Repudiando a resistência como elemento essencial ao conceito de poder (que claramente constava da definição weberiana), **Mario Stoppino**, em verbete no Dicionário de Política organizado por **Bobbio** e outros, define poder como “capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos” (1999, p. 934). **Bertrand Russell** escreveu que “o poder pode ser definido como a produção de efeitos pretendidos” (1986, p. 19).

A demonstrar a permeabilidade do conceito de poder às ideologias²⁰, vejamos os conceitos de **Poulantzas** (inserido no contexto da teoria marxista): “a capacidade de uma classe social de realizar seus interesses objetivos específicos” (1986, p. 144)²¹; e o de **Parsons** (inserido no contexto de um funcionalismo social sistêmico):

¹⁹ Na tradição de **Weber**, a definição de **A. Giddens**: “o poder consiste na habilidade de os indivíduos ou grupos fazerem valer os próprios interesses ou as próprias preocupações, mesmo diante da resistência de outras pessoas” (2005, p. 342). **Galbraith** também usa a definição de **Weber** (1983, p. 2)

²⁰ **Lola Aniyar de Castro**, a notável criminóloga venezuelana, ressalta a grande possibilidade de que uma definição de poder seja ideológica, por estar normalmente a serviço de um projeto político determinado; além disso, toda definição de poder restringe seus limites para adequar-se aos fins da análise que se pretende fazer (1982, p. 127).

²¹ **Poulantzas** considerava que, no contexto de sociedades não divididas em classes (onde as relações não podem ser especificadas pela luta de classes) e talvez até em relações não-antagonistas de classe, um conceito diferente deveria ser usado: para ele, tal conceito seria o de autoridade (1986, p. 145). E mais: para ele, o conceito de poder (*pouvoir*) também não pode ser usado em relações inter-individuais ou em relações cuja constituição, nas circunstâncias dadas, se apresente como independente de seu lugar no processo de produção: relações de amizade, relações entre membros de um clube esportivo, etc. Nesse caso, usa-se o conceito de *puissance* (no francês em que **Poulantzas** lecionava). O conceito de poder está reservado ao contexto da luta de classes (POULANTZAS, 1986, p. 146).

“poder é, assim, a capacidade generalizada de assegurar o cumprimento de obrigações vinculantes por unidades em um sistema de organização política quando as obrigações são legitimadas com referência à obtenção de objetivos coletivos, e onde, no caso de recalcitrância, há a presunção de execução forçada por sanções negativas” (1986, p. 103).²²

Antes de perscrutar as diferenças entre os conceitos de poder acima transcritos²³, é interessante, desde logo, ver o que todos eles têm em comum: são todos construídos com base em modelos teleológicos; ou seja, para todos eles, o poder é um instrumento para a obtenção de certos fins, de certos objetivos. **Hannah Arendt**, inspirando-se claramente na potestas e na auctoritas romanas, quebra este paradigma teleológico: em seu esquema, o poder não é um instrumento, mas um fim em si mesmo (1986, p. 68) (como, p.ex., a paz também é um fim em si mesma), e deve ser muito bem apartado²⁴ de outros conceitos limítrofes (como fortaleza²⁵ [strength], força [force], autoridade e violência).

Vejam os tais conceitos para **Arendt**:

“Poder corresponde à habilidade humana não apenas de agir, mas de agir em concerto. Poder nunca é propriedade de um indivíduo, ele pertence ao grupo e continua a existir apenas enquanto o grupo se mantém junto. Quando dizemos que alguém está “no poder”, nós, na verdade, nos referimos ao seu emposse, por um certo número de pessoas, para agir em nome delas. No momento em que o grupo, do qual, para começar, o poder se origina (potestas in populo, sem um povo ou grupo não há poder), desaparece, ‘seu poder’ também desvanece. Em uso corrente, quando falamos de um ‘homem poderoso’ ou de uma ‘personalidade poderosa’, nós já usamos a palavra poder metaforicamente; a que nós nos referimos, sem metáfora, é a força (strength)” (1986, p. 64).

Strength significa algo no singular, uma “entidade individual”; é uma propriedade inerente a um objeto ou pessoa, e pertence ao seu caráter (1986, p. 64). Force deveria ser reservado a “forças da natureza” ou a “força das circunstâncias”; ou seja, a energia liberada por movimentos físicos ou sociais (1986, p. 65). Autoridade é o mais esquivo destes fenômenos (e, portanto, como um termo, mais frequentemente abusado), e pode ser investida em pessoas – existe autoridade pessoal, como, por exemplo, na relação entre pais e filhos, entre professor e pupilo – ou pode ser investida em repartições, como, p. ex., o Senado

²² O poder, para **Parsons**, se torna “uma propriedade do sistema”; torna-se o “meio circulante político” (análogo à moeda na economia), “ancorado por uma parte na institucionalização e na legitimação da autoridade e por outra na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como medida extrema, ao uso da violência” (STOPPINO, Poder, 1999, p. 941).

²³ “É impossível realizar uma crítica detalhada de vários conceitos de poder que podem ser encontrados em ciência política: estas poucas referências só visam a mostrar a complexidade do problema” (POULANTZAS, 1986, p. 145).

²⁴ Diz **Arendt**: “é, na minha opinião, uma triste reflexão do estado atual da ciência política que a nossa terminologia não distingue, entre tais termos-chave [power, strength, force, authority e violence], todos se referindo a fenômenos distintos e diferentes” (ARENDR, Communicative Power, 1986, pp. 63, interpolação minha). Ela ainda dizia, citando e concordando com **Alessandro D’Entrevés**, que o correto uso desses termos não é uma questão só de gramática lógica, mas de perspectiva histórica, e que, neste tipo de questão terminológica, “os únicos guias competentes na selva de significados tão diferentes são os lingüistas e os historiadores. É com eles que devemos buscar ajuda” (ARENDR, Communicative Power, 1986, pp. 72-3).

²⁵ Fortaleza é o termo que o tradutor de Arendt usa, no trabalho sobre o conceito de autoridade, para traduzir “strength”.

romano (*auctoritas in senatu*) ou nas repartições hierárquicas da Igreja. Sua marca é o reconhecimento inquestionável por aqueles que são chamados a obedecer; nem coerção, nem persuasão são necessárias. [...] Para permanecer na autoridade exige-se respeito pela pessoa ou pela repartição (1986, p. 65). Violência é distinguida por seu caráter instrumental; fenomenologicamente, está próxima à *strength*, já que os implementos da violência, como todas as outras ferramentas, são concebidos e usados para o propósito de multiplicar a *strength* natural até que, no último estágio do seu desenvolvimento, eles podem substituí-la (1986, p. 65).²⁶

Ou seja, para **Hannah Arendt**, o poder pertence e está no povo, que o gera, o constrói a partir da atuação em concerto, em comum acordo. Como diz **Habermas**, **Arendt** desconecta o conceito de poder do modelo teleológico (que os outros pensadores seguem); poder, para ela, é construído em ação comunicativa; é o efeito coletivo do discurso no qual atingir a concordância é um fim em si mesmo para todos os envolvidos (1986, p. 77). Partindo da construção romana (*potestas in populo – auctoritas in Senatu*), chega ela, como diz **Habermas**, à “impotência dos poderosos”: os chamados “poderosos” têm, na verdade, de adquirir, por empréstimo, o seu poder dos produtores de poder (1986, p. 87).

Para **Arendt**, o poder não pode jamais ser criado pela violência, que pode, ao contrário, destruí-lo. Ela chega a sustentar que poder e violência são opostos; onde um predomina absolutamente, o outro está ausente. Violência pode ser justificável, mas nunca será legítima.²⁷ Violência apareceria onde o poder está em risco, mas deixada ao seu próprio curso, terminaria no desaparecimento do poder. Isso implica que não seria correto pensar no oposto da violência como não-violência; falar de poder não-violento seria redundante (1986, p. 69 e 71).

Habermas frisa, com razão, que a **primeira** grande contribuição de **Arendt** está em acentuar o real fenômeno de geração legítima de poder (“povo, agindo em comum acordo”), e que os demais pensadores, preocupados com a competição política e com a alocação de poder, negligenciam em suas definições (1986, p. 87). **Arendt** insiste em que o espaço político-

²⁶ Mas a própria **Hannah Arendt** reconhece que, embora essas distinções não sejam arbitrárias, dificilmente em algum momento correspondem a compartimentos estanques no mundo real, do qual, todavia, eles são retirados. “O poder institucionalizado em comunidades organizadas aparece sob o disfarce de autoridade, exigindo reconhecimento imediato e inquestionável; nenhuma sociedade poderia funcionar sem isto”. “Além disso, nada, como veremos, é mais comum do que a combinação de violência e de poder, nada é menos freqüente do que encontrá-los em sua forma pura e, portanto, extrema. Disso não se segue que autoridade, poder e violência sejam a mesma coisa” (1986, p. 65)

²⁷ “Legitimidade, quando questionada, baseia-se num apelo ao passado, enquanto que justificação se relaciona com um fim futuro. Sua justificação perde plausibilidade quanto mais longe seu fim se afasta no futuro. Ninguém questiona o uso de violência em legítima defesa, porque o perigo é, não só claro mas também presente, e o fim que justifica os meios é imediato” (ARENDT, *Communicative Power*, 1986, p. 69)

público só pode produzir poder legítimo se as estruturas de comunicação não distorcidas podem nele se expressar (HABERMAS, 1986, p. 79). O conceito de comunicação passa a ter um conteúdo normativo, e pode se tornar um instrumento retórico afiado, porque lembra que o sistema político não pode dispor de poder como quiser (HABERMAS, 1986, p. 78 e 83). Poder legítimo assoma apenas entre aqueles que formam convicções comuns em comunicação irrestrita (HABERMAS, 1986, p. 85).

A **segunda** grande contribuição de seu conceito de poder está em buscar impedir a geração de poder “de cima para baixo”, como permitem alguns pensadores (**Talcott Parsons**, p.ex.). **Parsons**, partindo de sua comparação do poder no campo político com o dinheiro no campo econômico (1986, p. 97), entende que o poder (tal como o crédito bancário ou o poder aquisitivo) é um bem aumentável; na sua concepção, tal como o banco, para multiplicar o dinheiro, pode emprestar, a juros, boa parte do dinheiro que seus correntistas depositam na instituição, os “líderes políticos devem despertar novas necessidades no eleitorado, de maneira que surjam demandas crescentes que possam ser satisfeitas apenas através de aumento de atividade administrativa” (HABERMAS, 1986, p. 86). Ou seja, a produção de poder aparece como um problema que poderia ser resolvido por influência mais forte exercida por um líder político sobre a vontade da população.

Haveria, portanto, para **Parsons**, um elemento livremente flutuante no sistema de poder, que seria análogo ao sistema de crédito (1986, p. 134), que poderia ser inflado pelos líderes políticos, limitado apenas por “uma linha fina entre liderança sólida, responsável e construtiva que, de fato, compromete a coletividade além de suas capacidades para instantâneo cumprimento de todas as obrigações, e uma hiperextensão temerária” (“reckless overextendness”) (1986, p. 135). **Habermas** sustenta, com razão: “é difícil ver como esta linha fina poderia ser concebida em termos da própria teoria dos sistemas de Parsons” (1986, p. 87). Aliás, o próprio **Parsons** admite que “talvez a conservação de ideologias políticas faça mais difícil aceitar a legitimidade de uma tal situação – é muito fácil classificá-la como desonesta – do que o correspondente caso econômico” (1986, p. 135).

Na perspectiva de **Arendt**, ao contrário, o poder só pode assomar do povo, em estruturas de comunicação irrestrita; o poder não pode ser gerado “de cima”. A pensadora alemã procura derivar, das estruturas de intersubjetividade intacta, as condições do espaço público-político que precisam ser encontradas se o poder tem que ser comunicativamente engendrado ou expandido. Na perspectiva dela, na medida em que essa extensão “a partir de cima” ocorre por meios de constrangimento psíquico, por persuasão e manipulação, isto

significa um aumento não legítimo de poder no sistema político (HABERMAS, 1986, pp. 86-87).

Estes dois pontos, de fato, tornam o conceito de **Arendt** utilíssimo para aferir a legitimidade da produção, da geração de poder, e pode, portanto, ser vital para aferir o autoritarismo de uma determinada ação. Todavia, o conceito de **Arendt** não esclarece de que maneira o poder se expressa e se exerce, pois o poder não mais se apresentaria em ação racional-intencional, ou teleológica (HABERMAS, 1986, p. 77); ou seja, a pensadora alemã explica a geração de poder, mas não explica o exercício do poder.

Habermas critica o conceito de poder de **Arendt**, por vários motivos. Em primeiro lugar, partindo da distinção entre ação comunicativa (que visa a obter acordo, e pressupõe o conjunto de pessoas) e ação estratégica (que visa a obter sucesso, e pode ser levada a cabo por um sujeito isolado), **Habermas** frisa que, para a definição de **Arendt**, as ações estratégicas (como o uso de força física), sendo instrumentais (e por vezes violentas, como, p. ex., a guerra), estariam fora do conceito de poder, estariam fora da política, seriam apolíticas. A força sempre pertenceu aos meios de adquirir e manter-se em posições de poder legítimo; e a lei também pode conferir esferas de ação estratégica, que chegam a ser institucionalizadas (admissão de oposição política, competição de partidos, grupos e associações pela legalização de lutas de trabalho etc.). Ações estratégicas também ocorrem dentro da sociedade – portanto em lutas de poder, na competição por posições às quais estava ligado o exercício de poder legítimo (HABERMAS, 1986, p. 84 e 85). Por isso, **Habermas** diz, com razão, que o conceito do político deve se estender para a competição estratégica por poder político e para o emprego do poder dentro do sistema político (1986, p. 87).

A segunda crítica de **Habermas** quanto ao conceito de poder de **Arendt** se liga à crença dela de que os grupos políticos e a liderança política já encontrariam o poder disponível, que não o produziriam, e o tomariam por empréstimo aos produtores de poder. **Habermas** sustenta que embora a liderança, em sociedades modernas, tenha que periodicamente buscar legitimação, a história está repleta de evidências que mostram que o comando político deve ter funcionado, e funciona, diferentemente do que **Arendt** alega (1986, pp. 87-88); isto porque, embora realmente o comando político só possa durar enquanto seja reconhecido como legítimo, instituições e estruturas básicas que são estabilizadas através do comando político só raramente poderiam ser a expressão de uma ‘opinião sobre a qual muitos estavam publicamente em acordo’ (HABERMAS, 1986, p. 88).

A **terceira** e última crítica de **Habermas** é a seguinte: ao separar inteiramente poder e violência, **Arendt** não compreenderia o fato (ou, pelo menos, deixaria de considerá-lo) de que violência estrutural é também agregada a instituições políticas. De fato, **Arendt** diz textualmente que “poder é da essência de todo governo, mas violência não é” (1986, p. 68). A violência estrutural — continua **Habermas**— não se manifesta como força²⁸; ao contrário, despercebida, ela bloqueia aquelas comunicações pelas quais são formadas e transmitidas as convicções efetivas para a legitimação (1986, p. 88). Em comunicações sistematicamente restringidas, os envolvidos formam convicções subjetivamente livres de constrangimento, convicções essas que são, entretanto, ilusórias. Eles assim geram comunicativamente um poder que, assim que tenha sido institucionalizado, também pode ser usado também contra eles (HABERMAS, 1986, p. 88). Para evitar a formação de convicções ilusórias, **Habermas** crê que o caminho é a argumentação (1986, p. 89).

Visto como um mero esquema de fundamentação filosófica da legitimidade de produção (comunicativa) de poder, são coerentes e irrepreensíveis os arranjos conceituais de **Arendt** acerca do poder e de outras manifestações limítrofes, e podem ser até usados como guia para a busca de uma sociedade mais justa; todavia, as críticas de **Habermas** (quanto à produção de poder por ação estratégica, quanto à raridade da efetiva expressão de uma opinião sobre a qual muitos estavam publicamente em acordo, e quanto à violência estrutural) realmente resultam numa “tentativa de conferir uma versão mais realista à produção comunicativa de poder” (1986, p. 88).

Assim, ainda que os arranjos conceituais de **Arendt** constituam uma notável teoria de fundamentação da legitimidade de produção de poder, eles não se prestam a explicar de que maneira o poder se exerce, pois, como bem diz **Habermas**, o poder não mais se apresentaria em ação racional-intencional (1986, p. 77). Nesse sentido, para examinar de que maneira o poder se expressa, devemos voltar nossas atenções àqueles autores (a imensa maioria!) que tratam do poder como um instrumento de obtenção de fins.

Para aqueles que entendem o poder a partir de critérios teleológicos, é comum frisar-se que o poder não é uma coisa que existe em si, nem a posse de algo; poder é sempre uma relação entre as pessoas (STOPPINO, Poder, 1999, p. 934). **Foucault** dizia que o “o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação”; em suma, o “poder é uma relação de força” (2003, p. 175). O poder é uma relação **triádica**, que envolve (i) a

²⁸ **Habermas** nunca usa o termo força no contexto de **Hannah Arendt**.

pessoa que detém ou exerce o poder; (ii) a pessoa sobre a qual se exerce, e (iii) a esfera de poder (a mesma pessoa pode estar submetida a várias esferas de poder: do médico, do professor, do empregador, do pai, etc.) (STOPPINO, Poder, 1999, p. 934). O poder abarca não só o âmbito das decisões, mas também o âmbito das omissões de decisões; por isso, diz-se que ele é pluridimensional. As omissões de decisões constituem um campo que não deve ser esquecido na consideração sociológica do poder: a não-atuação de poder é uma dimensão do poder (SORIANO, 1997, p. 319).

Muito se discute se a intenção daquele que exerce poder é um elemento conceitual do poder: ou seja, para que se possa dizer que há exercício de poder, seria imprescindível que os efeitos produzidos estivessem na linha de desdobramento normal da intenção daquela pessoa que exerce poder? Tem razão **Stoppino** quando diz que basta que a pessoa que exerce poder tenha interesse (ainda que não declarado explicitamente, mas, de outro modo, manifestado) no comportamento da(s) outra(s) pessoa(s) (1999, p. 935). De fato, seria estranho dizer-se que não há exercício de poder na hipótese em que alguém, atuando interessadamente, produz efeitos não necessariamente intencionais (mas, eventualmente, necessários ou até possíveis).

Discute-se se, para caracterizar-se o exercício de poder, seriam elementos essenciais o estado de ânimo e a conduta da pessoa sobre a qual se exerce o poder (ou seja, aquela de quem se demanda obediência): de um lado, alguns entendem que, para haver exercício de poder, a resistência da pessoa é elemento essencial (**Max Weber**); de outro, outros autores (**Stoppino**) entendem que é necessária a voluntariedade mínima, pois isto é o que diferencia o exercício do poder coercitivo (onde ainda há voluntariedade) do emprego direto da força ou da violência (onde não há voluntariedade) (1999, p. 935). Esta questão é irrelevante e acidental: mesmo na hipótese de a pessoa até querer, voluntária e conscientemente, se submeter ao outro, pode haver exercício de poder (p.ex., o poder exercido pela propaganda ou pela educação, cf. poder condicionante, *infra*); e, no outro extremo, também há exercício de poder mesmo que a pessoa só seja vencida, em sua resistência, pelo emprego direto de violência (p.ex., um oficial de justiça que requisita força policial para buscar e apreender algo, ou um carrasco que executa a pena de morte).

É sempre tormentosa a questão da classificação do poder: há muitas maneiras de classificá-lo (RUSSELL, *The forms of power*, 1986, p. 19); em verdade, nenhum sistema classificatório prevalece, e os nomes das variadas categorias são tão completamente desprovidos de padrão que o que é etiquetado como poder em um esquema pode ser chamado coerção ou influência em outro (DAHL, *Power as control of behavior*, 1986, p. 51). Parece-

me que, de modo a tentar classificar minimamente o exercício de poder, poderíamos falar em **modos** de exercício de poder, em **fontes** (ou bases) de poder e em **instrumentos** de poder.

Quanto aos **modos** de exercício de poder, **Peter Bachrach** e **Morton Baratz**, sustentam que o poder é plurifacetado, porque poderia ser exercido de várias formas, conforme as tipologias do poder: coação, força, influência, autoridade e manipulação. Coação seria o exercício do poder sob ameaça; a influência seria o poder pacífico que se vale da persuasão; a autoridade seria o poder consentido, porque se vê razoável ou porque obedece a uma regra prévia instituída; a força seria o poder que se impõe e vence a resistência; a manipulação seria o poder que engana para obter seus objetivos (SORIANO, 1997, p. 319). De um lado, deve-se estar consciente de que as definições dessas modalidades se submetem, e muito, a variações lingüísticas: “o problema essencial se arrisca a tornar-se uma simples questão de palavras”, diz, com razão, **Stoppino** (1999, p. 939). De outro lado, essas modalidades não devem ser vistas, todavia, como compartimentos estanques; elas se comunicam: p. ex., a autoridade pode ser exercida mediante coação ou mediante força.

Muito se discute quais seriam as **fontes** ou as **bases do poder**. Numa sociedade ocidental capitalista, como a brasileira, faz sentido a teoria do economista **John Kenneth Galbraith** (com a qual concorda o sociólogo do direito **Manfred Rehbinder** (2003, p. 244)), de que as três fontes ou bases do poder seriam a **personalidade**, a **propriedade**, e a **organização** (1983, p. 6). Quando se fala, aqui, em fonte ou base do poder não se quer dizer fonte de legitimação, mas apenas fonte concreta e efetiva de surgimento.

A personalidade de um indivíduo, em decorrência de conhecimento, inteligência, capacidade oratória, carisma, magnetismo pessoal, habilidade no trato pessoal, beleza, porte físico, gênero, etnia etc., é certamente uma fonte de poder. Numa sociedade capitalista, é evidente que a circunstância de deter propriedade de bens também é uma fonte de poder. E, por fim, estar inserido em uma organização (estatal, empresarial, ou de outra natureza), seja ela legítima ou não, também constitui fonte de poder. É claro que estas fontes de poder podem estar combinadas (e freqüentemente estão, em alguma medida); podemos, p.ex., ter um indivíduo carismático e habilidoso (personalidade), provido de recursos (propriedade), e inserido em uma instituição estabilizada e reconhecida (organização), o que certamente aumenta-lhe as fontes de exercício de poder.

Merece destaque a organização, que, no entendimento de **Galbraith**, é a mais importante fonte de poder nas sociedades modernas (1983, p. 6). A associação institucionalizada e concatenada, hierarquizada ou não, de pessoas em torno de um fim

comum deve estar presente para que um coletivo de pessoas possa exercer o poder que deles defluiu (1983, p. 54). Para que a organização possa ser eficiente fonte de poder, há vários fatores importantes: **(i)** a crença nos propósitos da organização é essencial e, por isso, luta-se para formar um valor que constitua uma **identidade** que mantém o grupo coeso, e para suprimir o dissenso interno; **(ii)** a força e a confiabilidade do seu poder externo dependem da profundidade e da certeza de sua obediência interna: i.e., desta depende a obediência externa²⁹; **(iii)** a combinação desta fonte de poder com outras fontes potencializa o exercício de poder pela organização; e **(iv)** a diversidade de propósitos da organização dificulta, em regra, o exercício de poder, dependendo seu grau de sucesso da combinação com outras fontes de poder (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, pp. 59, 56, 65).

Em certo sentido, a fonte (ou a base) do poder (personalidade, propriedade ou organização) é inerte³⁰, passiva; ela tem que ser explorada de alguma maneira se o comportamento dos outros tem que ser alterado (DAHL, *The concept of power*, 1957, p. 203): chega-se, assim, à discussão acerca dos **meios** (ou instrumentos) do poder. **Bertrand Russell**, em escrito pioneiro de 1938, já dizia que o poder pode ser exercido por três meios (ou instrumentos): **(i)** por força física direta sobre o corpo; **(ii)** por prêmios e punições como induções; ou **(iii)** por influência na opinião (1986, p. 19). **Galbraith**, em 1983, migrando, com razão, o aspecto da “punição como indução” para junto da força física direta, falava em **(i) poder compensatório** (compensatory power); **(ii) poder coercitivo** (condign power); e **(iii) poder condicionante** (conditionated power).³¹

O poder compensatório oferece ao indivíduo uma recompensa tão vantajosa ou agradável que ele desiste de perseguir sua própria preferência para buscar tal recompensa satisfazendo o interesse de outrem (parecido: GALBRAITH, 1983, p. 14). O poder coercitivo busca obediência pela promessa ou realidade de punição; é a sua história que dá fama assustadora ao poder (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 14 e 12). O poder coercitivo consiste, largamente, no emprego da força ou da violência, e pode-se dizer que aquele é o lócus mais claro destas (como veremos, todavia, a força também pode ser

²⁹ **Manfred Rehbinder** também salienta que a chance de realização dos interesses da organização cresce com o grau de disciplina interna (2003, p. 244). E **Galbraith** lembra que uma pessoa de fora que não se submeta à organização propicia menos antipatia e raiva e chama menor atenção do que um dissidente interno (1983, p. 62)

³⁰ De fato, o poder não reside na coisa, mas sim na sua combinação com o instrumento pelo qual ela é usada e se e como ela impacta no outro, pois o poder é sempre relacional (STOPPINO, *Poder*, 1999, p. 934 e 937)

³¹ Verte-se conditionated power como poder condicionante, e não como poder condicionado, pois é o exercício deste instrumento de poder que condiciona outrem (i.e., tal exercício é o agente do condicionamento). Verter como poder condicionado dá a impressão de que este poder se exerce sob condições, o que não é necessariamente verdadeiro, nem exprime a idéia de **Galbraith** (nem a de **Russell**, em que ele se inspira).

empregada sub-repticiamente pelo poder condicionante). Muito se discute se poder e força (ou violência³²) se excluem: **Arendt**, como se viu, entende que sim; todavia, a maioria dos autores admite que o poder seja exercido, sem desnaturar-se, com o emprego de força, seja de forma despercebida (que **Habermas**, p.ex., chama de violência estrutural), seja através dos meios de produção (a chamada violência econômica, de que falava **Marx**), seja a força ostensiva, direta, e não econômica.³³ **C. Wright Mills** claramente admitia a violência como modo de exercício do poder: “toda política é a luta por poder, e o tipo último de poder é a violência” (2000, p. 171). De fato, na prática, o poder se exerce com o concurso da força – e o sistema penal é uma clara demonstração disso.

O poder condicionante é exercido, ao contrário, de maneira muitas vezes subliminar, “nem aqueles que o exercem nem aqueles que a ele se sujeitam precisam estar sempre conscientes de que ele está sendo exercido”. Ele se manifesta, normalmente, pela persuasão e pode ocorrer explícita ou implicitamente, não havendo linha clara que os divida (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 24).³⁴ A religião, a educação, a cultura, a propaganda e até a moda constituem exemplos de exercício de poder condicionante. O mais notável do poder condicionante é que, uma vez que a crença seja obtida, a subordinação resultante à vontade dos outros é pensada como sendo o produto do próprio sentido moral ou social do indivíduo (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 35).³⁵

Estes instrumentos de poder estão sempre (ou freqüentemente) combinados: dificilmente há casos puros; na consideração do poder, nunca se pode admitir que esteja, em atuação, apenas uma fonte ou instrumento de poder (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 23 e 35). Quanto à combinação de instrumentos de poder, fica claro que, muitas vezes, a impossibilidade de emprego, em nível suficiente à obtenção de obediência, de um instrumento de poder, leva ao emprego mais acentuado de outro instrumento de poder: p. ex., se um governo não consegue obter reconhecimento (através de legitimidade originária de instituições ou pelo uso de poder condicionante) pode tender a abusar de poder compensatório (p.ex., distribuindo benesses) ou de poder coercitivo (p.ex., usando de violência).

³² **Hannah Arendt** prefere o termo violência, pois, como vimos, ela reserva o termo força para as “forças da natureza” ou das “forças das circunstâncias”.

³³ “Às vezes, essa postura [uso de poder] envolve o emprego direto da força” (GIDDENS, 2005, p. 342).

³⁴ Insere-se, no poder condicionante, o poder simbólico, de que fala **Bourdieu**, e que é “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (2010, pp. 7-8).

³⁵ É bem verdade que muitas vezes, o talento está em atrair as pessoas já condicionadas a querer ouvir o que está sendo dito. Os aplausos e os améns não vêm dos recém-persuadidos, mas daqueles que foram confirmados, por ele, em seu próprio instinto ou crença anterior (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 44)

O reconhecimento da existência do poder condicionante e, por igual, de que o poder coercitivo pode se expressar, na perspectiva habermasiana, por violência estrutural (ou, na perspectiva marxista, por violência econômica) desnudam o fato de que, frequentemente, há um mascaramento do poder. Muito do exercício do poder depende do condicionamento social que procura escondê-lo: por exemplo, o condicionamento, no sistema econômico de livre iniciativa, de que toda a autoridade está no consumidor soberano operando através do mecanismo impessoal do mercado: fica assim escondido o poder das grandes corporações de estabelecer e influenciar preços e custos, de subornar e subjugar políticos, e de manipular a resposta do consumidor (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, pp. 12-13).

Falando mais especificamente de poder político, é fácil verificar que, muitas vezes, o poder se dissimula e dá a entender que são os cidadãos que obram e decidem através dele, ou que suas decisões os beneficiam, ou que aqueles necessitam da tutela do conhecimento e da experiência que o poder proporciona. O poder se oculta ante a sociedade, ante aqueles sobre os quais se exerce, e só se manifesta com toda sua contundência quando encontra fortes focos de dissidência, quando o “sistema” já esgotou todos os recursos mascarados para vencer a resistência. Também se vende o mito de que todos os cidadãos podem chegar ao poder; em realidade, o acesso ao poder é muito limitado e inviável, senão através das estruturas impostas (partidos políticos, clientelismo, disponibilidade de meios políticos, educação, etc.); quem pode pagar uma campanha eleitoral? Por fim, embora o poder, em teoria, seja um serviço público (que teria por objeto atender e satisfazer as necessidades dos cidadãos, não tendo justificção o exercício de poder que não os beneficie), verifica-se que, na prática, há um fenômeno de ensimesmamento do poder, que atua em benefício próprio e impede a aeração nas propostas de seu exercício (SORIANO, 1997, pp. 322-3). É evidente que um poder assim mascarado pelo condicionamento, provoca, quando exposto, indignação e é indiciariamente ilegítimo.

A outra forma de mascaramento do poder é a justificção intransigente de fatos consumados; diz-se que o poder tinha que atuar como atuou, que não havia mais remédio, porque suas decisões obedeciam à natureza das coisas ou as circunstâncias impunham necessariamente atuar como o poder o fez. O poder sempre encontra uma razão de ser, uma justificção; tem, em suas mãos, meios extraordinários, especialmente a propaganda, para levar aos cidadãos a convicção de que sua atuação era correta (SORIANO, 1997, p. 322). O

poder político tem sua própria **ética consequencial e pragmática**³⁶, segundo a qual os meios justificam-se pelos fins; a bondade do fim justifica os meios reprováveis empregados em sua obtenção; a inspiração em **Maquiavel** é patente (SORIANO, 1997, p. 323).

Numa sociedade dividida em classes, é claro que as fontes e os instrumentos de poder, tal como quaisquer outros recursos, se dividem desigualmente, o que cria ou reforça a existência de elites, econômicas, militares e políticas.³⁷ **C. Wright Mills**, em seu célebre livro de 1956 (*The Power Elite*), evidencia a convivência das esferas de poder econômico, militar e político nos Estados Unidos da América; isto leva o sociólogo do direito **Ramon Soriano** a afirmar: “se esta identificação se produz em uma das denominadas pátrias das liberdades e na qual há, quiçá, o mais alto índice de liberdade de expressão, imaginemos qual será a convivência nos sistemas políticos autoritários” (1997, p. 321).

Na sociedade contemporânea, a aliança do poder econômico e do poder político é, a todas as luzes, evidente, pelo grande controle que o primeiro exerce sobre o segundo: os políticos dependem dos votos dos trabalhadores, que estes lhes concedem quando têm emprego e boas condições de trabalho (o que depende, por sua vez, dos empresários). Quando o empresário controla os meios de comunicação tem a seu favor as melhores vantagens para dominar o terreno da política; isto é claríssimo em vários exemplos no Brasil atual. Mesmo nas democracias, quando o poder civil assume as altas competências militares e o exército está a seu serviço, o poder militar nunca perde sua influência, ainda que indireta, na direção do Estado, pois, nos momentos de graves crises, sempre se pode lançar mão dele (SORIANO, 1997, p. 321). Lembrando as lições de **Carl Schmitt** de que “a distinção política específica é a de amigo e inimigo” (2002, p. 26), e de **Galbraith** de que “uma necessidade essencial, de fato vital, para o poder condicionante dos militares é um inimigo específico” (1983, p. 165), essa concatenação das esferas de poderes (econômico, política e militar) é, em verdade,

³⁶ Diferencia-se entre uma ética da convicção e uma ética consequencial: a ética da convicção é aquela que se rege por princípios a priori, racionais, que valem por si mesmos e têm validade universal (o exemplo mais característico é o princípio categórico de **Kant**: “atua de maneira que possas querer que a regra de tua conduta seja uma regra universal”); já a ética consequencial é uma ética de resultado, na qual a bondade depende das circunstâncias e da consecução dos fins (um exemplo seria o princípio utilitarista de **Bentham**: “atua de maneira que possas obter o benefício do maior número”). Pela ética consequencial, o uso de procedimentos reprováveis pelo detentor do poder se justifica pelos fins últimos a que visava; pior teria sido, atendendo a rígidos princípios de ética da convicção, quedar-se inerte (SORIANO, 1997, p. 323).

³⁷ “O estudo do poder termina no estudo da natureza e composição das elites políticas e das relações que existem entre as elites e outros setores da população” (STOPPINO, Poder, 1999, p. 941). A concentração de poder em mãos minoritárias é um fato que desafia os mais fortes desejos e práticas de divisão e distribuição de poder; cedo ou tarde, toda classe de poder político se concentra em minorias vigilantes e astutas. **Robert Michels**, com seu conceito da “aristocracia dos partidos”, mostra que mesmo os partidos políticos que defendem a democracia e que se chamam progressistas se convertem, de portas a dentro, em um sistema hierárquico no qual predominam as elites do partido e onde apenas se produz um correia de transmissão de idéias e projetos das bases à cúpula; uns poucos decidem e o fazem por todos os afiliados (SORIANO, 1997, p. 320).

preocupante, na medida em que se admita, na vida política civil, a adoção de estratégias militares. Isto, como se verá à frente, parece vir ocorrendo em termos de legislação penal e de poder punitivo.

É inegável, por outro lado, que o poder também exerce um efeito de deslumbramento, que freqüentemente atinge aqueles que o exercem, ou que querem atingir posições para exercê-lo, ou que se encontram próximos a ocupantes de cargos de poder (e querem, vivendo à sua sombra, usufruir de privilégios). O poder é muitas vezes buscado não apenas pelo que representa para os interesses e valores pessoais ou por percepções sociais, mas também, pelo seu próprio bem, pelas recompensas emocionais e materiais inerentes à sua posse e ao seu exercício (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 10).

Russell chegava a dizer que “dos infinitos desejos do homem, os principais são os desejos por poder e glória”, e **William Hazlitt** dizia que “o amor pelo poder é o amor por nós mesmos”.³⁸ Tais circunstâncias levam, muitas vezes, a deturpações e abusos no exercício do poder. Daí advém inúmeras máximas de sabedoria: p.ex., “o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente” (**Lord Acton**)³⁹; ou “a experiência em todos os tempos provou que todo homem que possui poder está inclinado a abusar dele; ele o exerce até chegar aos limites. Quem diria ? Mesmo a virtude precisa de limites” (**Montesquieu**).⁴⁰

Um ponto importantíssimo se refere à **onipresença do poder**, que sem dúvida alguma foi superiormente estudada por **Michel Foucault**, embora ele não tenha formulado uma teoria geral do poder.⁴¹ **Foucault** frisava que os campos de exercício e de funcionamento do poder não se esgotavam na teoria do Estado e na análise tradicional dos aparelhos do Estado (2003, p. 75). Ele dizia que

“se quisermos apreender os mecanismos de poder em sua complexidade e detalhe, não poderemos nos ater unicamente à análise dos aparelhos de Estado. [...] O poder, em seu exercício vai muito mais longe, passa por canais muito mais sutis, é muito mais ambíguo, porque cada um de nós é, no fundo, titular de um certo poder e, por isso, veicula poder” (2003, p. 160).

³⁸ Apud GALBRAITH, 1983, p. 1 e 10. **Bertrand de Jouvenel** dizia que um homem se sente mais homem quando ele está se impondo e fazendo dos outros instrumentos de sua vontade (ARENDETT, *Communicative Power*, 1986, p. 60)

³⁹ Historiador inglês do século XIX (apud BARELLI & PENNACHIETTI, 2001, p. 498)

⁴⁰ Apud ARON, 1986, p. 253. Muitas outras máximas frisam esses efeitos do contato com o poder: “é o cargo que permite conhecer o homem”, de **Bante**, legislador grego do século IV a. C., citado por **Aristóteles**, em *Ética a Nicômaco*, livro V; “nada revela mais o caráter de um homem do que seu modo de se comportar quando detém poder e uma autoridade sobre os outros: essas duas prerrogativas despertam toda paixão e revelam todo vício”, de **Plutarco**, escritor grego, do século I; “o poder não satisfaz, ou melhor, é como a droga e sempre exige doses maiores”, de **Luciano De Crescenzo**, escritor italiano, do século XX; “é melhor reinar no inferno do que servir no céu”, de **John Milton**, poeta inglês, do século XVII (BARELLI & PENNACHIETTI, 2001, p. 498 a 500).

⁴¹ MACHADO, 2003, p. X.

Em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social (2003, p. 142); por isso, é muito mais importante estudar o exercício de poder no corpo social, e não sobre o corpo social (2003, p. 131). **Foucault** ainda frisava, ampliando a perspectiva marxista, que “o poder não tem por função única reproduzir as relações de produção. As redes de dominação e os circuitos da exploração se recobrem, se apóiam e interferem uns nos outros, mas não coincidem” (2003, p. 160), pois “cada luta se desenvolve em torno de um foco particular de poder” (2003, p. 75).

Uma segunda importante lição de **Foucault** é a de que a mera noção de repressão é inadequada para dar conta do que existe de produtor no poder (2003, p. 7). Quando os efeitos do poder se definem apenas pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder: identifica-se o poder a uma lei que diz “não”; o fundamental seria a força da proibição. É uma noção negativa, estreita e esquelética do poder, que – diz **Foucault** – “curiosamente todo mundo aceitou”. Se o poder fosse apenas algo que dissesse não, seria obedecido? Para **Foucault**, “o que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso” (2003, pp. 7-8).

Este ponto conduz à terceira contribuição (e talvez a mais importante) de **Foucault** para a compreensão do exercício do poder: a articulação que ele faz entre **poder e saber**; ou seja, o poder não influencia apenas as condutas das pessoas, mas também é determinante na constituição das verdades e do saber. O humanismo moderno se engana – diz **Foucault** – ao estabelecer a separação entre saber e poder; eles estão integrados, e não se trata de sonhar com um momento em que o saber não dependeria mais do poder, o que seria uma maneira utópica de reproduzir, sob forma utópica, o mesmo humanismo. Não é possível que o poder se exerça sem saber, não é possível que o saber não engendre poder (2003, p. 142). E o notável filósofo francês continua: “a verdade não existe fora do poder ou sem poder”; a verdade é produzida graças a múltiplas coerções e neste mundo produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade: isto é, os tipos de discurso que acolhe e que faz funcionar como verdadeiros (FOUCAULT, 2003, p. 12). E **Foucault** sentencia:

“é preciso pensar os problemas políticos dos intelectuais não em termos de ciência/ideologia, mas em termos de verdade/poder”, e “o importante não é mudar a consciência das pessoas,

mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade”(2003, p. 13 e 142).⁴²

Roberto Machado, tradutor e autor de uma introdução à obra *Microfísica do Poder*, anota: **Foucault** quer “explicar o aparecimento dos saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes” (ou imanentes a eles, pois o poder não é considerado um efeito ou resultante). Os saberes são “elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica” (2003, p. X).⁴³

De todo o exposto, parece ser possível sintetizar que, dentro dos modelos teleológicos⁴⁴, o poder, em termos de exercício, consiste na capacidade interessada, e inerente a todo o corpo social, de produzir, a partir da personalidade, propriedade e/ou organização, e por meios coercitivos, compensatórios e/ou condicionantes (que podem se expressar de vários modos: influência, manipulação, coerção, persuasão, etc.), efeitos sobre outrem, ou de produzir verdades e saber sobre algum objeto de conhecimento humano.

1.1.4. As relações entre direito e poder

Poder, afirma com razão **Norberto Bobbio**, é o principal conceito que os estudos políticos e jurídicos têm em comum, sendo surpreendente que cientistas políticos e juristas usem o mesmo termo, mas se ignorem quase completamente. Na interminável literatura de ciência política sobre o conceito de poder, raramente se encontram referências à teoria do direito; do mesmo modo, raramente se encontra referência, na literatura jurídica, às milhares

⁴² **Foucault** continua: “a verdade está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apóiam, e a efeitos de poder, que ela induz e que a reproduz”; “tenho a impressão de que existe, e tentei fazê-la aparecer, uma perpétua articulação do poder com o saber e do saber com o poder. Não podemos nos contentar em dizer que o poder tem necessidade de tal ou tal descoberta, desta ou daquela forma de saber, mas que exercer o poder cria objetos de saber os faz emergir, acumula informações e as utiliza. Não se pode compreender nada sobre o saber econômico se não se sabe como se exercia, quotidianamente, o poder e o poder econômico. O exercício do poder cria perpetuamente saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder” (2003, p. 142). “A formação dos discursos e a genealogia do saber devem ser analisadas a partir não dos tipos de consciência, das modalidades de percepção ou das formas de ideologia, mas das táticas e estratégias do poder” (2003, pp. 164-5). “Em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que estas relações de poder não podem ser dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso. Não há possibilidade de exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcione dentro e a partir desta dupla exigência. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. Isto vale para qualquer sociedade, mas creio que na nossa as relações entre poder, direito e verdade se organizam de maneira especial” (2003, pp. 179-180). Temos que produzir verdade para tudo, e estamos submetidos à verdade (pois ela traz consigo efeitos de poder) (2003, p. 180).

⁴³ E ele ainda frisa: “O fundamental da análise é que saber e poder se implicam mutuamente: não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, como também, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder. Todo ponto de exercício do poder é, ao mesmo tempo, um lugar de formação do saber” (MACHADO, 2003, p. XX).

⁴⁴ Não se despreza, com isso, o conceito comunicativo (não teleológico) de poder de **Arendt**. Apesar de não explicar o exercício prático do poder, tal conceito, com as correções de rumo feitas por **Habermas**, é instrumento utilíssimo de aferição da legitimidade de produção de poder.

de sofisticadas e sutis variações que sociólogos e cientistas políticos desenvolveram sobre o conceito de poder (2008, p. 194).

As relações entre o direito e o poder constituem um problema recorrente na história do pensamento político e jurídico (CÓRDOVA VIANELLO, 2009, p. 41), e podem ser objeto de estudos de mais diversa ordem, por parte de historiadores, sociólogos, cientistas políticos, juristas ou filósofos, cada qual dando relevo a um dos múltiplos problemas suscitados pela complexidade da matéria (REALE, O poder na democracia, 1998, p. 219).

Em verdade, qualquer que seja a acepção em que seja empregado o termo direito (direito objetivo, direito subjetivo ou ramo do conhecimento, ou por qualquer das definições que se ligam à sua função social), é possível vislumbrar inúmeras inter-relações com o conceito de poder. Pode-se dizer, sem exagero, que o poder está presente em todas as manifestações e expressões do direito. Norma jurídica e poder podem ser considerados como duas faces de uma mesma moeda, e o problema dessa inter-relação pode ser abordado tanto do ponto de vista da norma quanto do ponto de vista do poder (BOBBIO, Direito e Poder, 2008, p. 195). É até natural que assim seja, pois a coercibilidade, pelo Estado (que é órgão de poder da sociedade), é a diferença específica das normas do direito, relativamente a outras ordens normativas (como a religião, a moral, os bons costumes, a boa educação) (HESPANHA, 2009, p. 81).

Pensar o direito com abstração do poder é esvaziá-lo de uma de suas componentes essenciais, com o resultado de conceber-se algo que não é o direito (REALE, O poder na democracia, 1998, p. 221). Para **Córdova Vianello**, ambos os termos estão tão vinculados que podem se apresentar como dois aspectos de uma mesma realidade (2009, p. 41). **Maurice Hauriou** dizia até que temos de desconfiar de afirmações que se ocultam por trás de expressões como o “império do Direito”, o “reinado da lei”, a “submissão do Estado ao Direito”, o “governo das leis” ou o “governo do direito” etc., pois “todas são hipérboles”. Em nenhuma parte governa o direito sem a ajuda do poder, nem em direito público, nem em direito privado, nem em matéria nacional, nem em matéria internacional. Sempre e em todas as partes, quando se impõe uma regra de direito a um poder, é em virtude de um outro poder (1927, p. 281).

O primeiro aspecto que mostra claramente as íntimas relações entre direito e poder está no fato de que a produção das leis, que constituem a principal fonte formal do direito (ou forma do direito, para **Goldschmidt**), é de competência das instituições que detêm o poder político. **Miguel Reale** ressalta que “toda fonte de direito implica uma estrutura de poder,

pois a gênese de qualquer regra de direito [...] só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder” (1981, p. 141); e chega a dizer que o momento do *fiat lex*, o ápice culminante de uma decisão quanto a projetos de lei em debate no Parlamento, é o “momento por excelência do poder” (1998, p. 225). “A ordem jurídica é filha do poder”: só não observam isto aqueles que “acabam por perder de vista o mundo dos fatos reais, para se entregar por inteiro aos princípios cujo predomínio seria desejável, ou às cogitações ideais de um universo do dever ser” (MIRANDA ROSA, 1982, p. 59).⁴⁵

Geralmente beneficiadas pela identificação (nem sempre veraz) entre lei e justiça, as leis, embora sempre expressas em termos gerais, impessoais e prévias aos fatos que regulam (o que sugere imparcialidade e facilita a aceitação), “sempre podem ser redigidas de uma maneira que elas favoreçam algum segmento particular da sociedade” (LENSKI, 1986, pp. 245-6). Aqueles que pertencem à elite política (que geralmente detêm ligações mais ou menos estreitas com a elite econômica) têm assim uma posição privilegiada para moldar o direito aos seus particulares interesses; por vezes, sequer é necessário alterar as leis, pois as antigas leis foram escritas para servir aos interesses daqueles que detêm certos cargos-chave e, uma vez que tenham ocupado estes cargos, uma nova elite pode usá-las como recurso para construir suas fortunas ou obter seus objetivos (LENSKI, 1986, p. 246). Por isso, pode-se dizer, com **Miranda Rosa**, que a ordem jurídica reflete as relações de poder na sociedade (1982, p. 74), tendo em conta os interesses nela dominantes (1982, p. 59). Daí se entende a afirmação de **Hauriou** de que “olhando as coisas desta maneira, a função do poder criadora de regras de direito é a que mais requer a limitação do poder pelo direito, mesmo que também seja preciso vigiá-lo em sua função de executar ou de aplicar as regras” (1927, p. 283).

Editada a lei, ela passa a constituir um instrumento de poder, pois habilita o uso de poder coercitivo, compensatório, ou até condicionante, como bem lembra **Russell**: a lei pode impor punição (qualquer norma penal incriminadora mostra isto); a lei pode estabelecer direitos e prerrogativas a pessoas que ajam de determinado modo ou que preencham certas condições; e, quando vista como socialmente legítima, a lei também pode ser meio de condicionar a percepção e a compreensão das pessoas (1986, p. 21). Tal habilitação de poder é inclusive vista como necessária, pois, do contrário, a própria lei não será respeitada – ou seja,

⁴⁵ Não se pode, todavia, perder de vista a advertência de **Bourdieu**: “o verdadeiro legislador não é o redator da lei, mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e os constrangimentos específicos associados às suas posições em campos diferentes (campos jurídico, e também religioso, campo político, etc.), elaboram aspirações e reivindicações privadas e oficiosas, as fazem aceder ao estado de ‘problemas sociais’, organizam as expressões (artigos de imprensa, obras, plataformas de associações ou de partidos etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a ‘fazê-las avançar’.” (2010, p. 248)

a própria lei, que é criada pelo poder, também, por outro lado, continua a recorrer ao poder para se fazer valer.

As lições mais gerais de **Foucault** sobre as relações entre saber e poder, às quais já se fez referência no item anterior, indiciam as estreitas interdependências entre direito-ciência (ou direito como ramo do saber) e poder. Precisamente no que toca ao saber jurídico, **Foucault** lembra que tradicionalmente,

“desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real. É a pedido do poder real, em seu proveito e para servir-lhe de instrumento ou justificação que o edifício jurídico das nossas sociedades foi elaborado. No Ocidente, o direito é encomendado pelo rei” (2003, p. 180).

Por isso, “o personagem central de todo o edifício jurídico ocidental é o rei”, e “a teoria do direito, da Idade Média em diante, tem o papel de fixar a legitimidade do poder” (2003, p. 181). **Bourdieu** lembra que o direito é a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos (2010, p. 237).

O saber é fim e instrumento do poder. O saber, como instrumento, se converte em técnica, com a qual o poder se protege e mantém o seu controle. Com o saber sob seu controle, o poder produz a verdade; esta é ditada pelo poder, que precisa e seleciona o saber que lhe interessa. Não é imaginável uma maior incidência do poder do que aquela que deriva de estabelecer os critérios da verdade, mediante a implantação de uma determinada forma de saber (SORIANO, 1997, p. 324). Como diz **Nils Christie**, “poder é poder de definir” (apud CASTRO, 1982, p. 132). **Zaffaroni** concorda: “qualquer definição é um ato de poder” (2000, p. 5).

Foucault diz que a centralidade da figura do rei levou a que o discurso e a técnica do direito tivessem a função de dissolver o fato da “dominação dentro do poder”, fazendo aparecer apenas os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal de obediência; nesse sentido, ele busca desnudar essa “dominação dentro do poder”, mostrando que, em geral, o direito é instrumento dessa dominação, e veicula, põe em prática não relações de soberania, mas de dominação (entendendo-se dominação não apenas aquela do governante sobre os súditos, mas “múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade”; ou seja, também “os súditos em suas relações recíprocas”) (2003, p. 181). Para **Foucault**, o direito pode ser visto como um procedimento de sujeição que ele desencadeia (e não como uma legitimidade a ser estabelecida) (2003, p. 182).

Partindo da concepção sobremaneira difundida de que o direito é um instrumento formal e institucionalizado de resolução de conflitos sociais e de controle social, assoma, muito naturalmente, a interação entre poder e direito. **Giddens** lembra, com razão, que

“o poder é um elemento que está presente em quase todas as relações sociais” (2005, p. 342), e que “muitos conflitos da sociedade são lutas em torno do poder, pois o grau de poder que um indivíduo ou grupo consegue alcançar determina até que ponto eles poderão realizar seus desejos às custas dos desejos dos outros” (2005, p. 573).

Considerando que conflitos em relações sociais são sempre conflitos sobre poder (DAHRENDORF, 1971, p. 192), fica claro que o direito sempre é chamado a resolver questões inseridas em relações de poder. Essa função de árbitro de relações de poder não pode deixar de co-determinar, de várias maneiras, o direito. Por outro lado, lembrando que o direito é uma instância do controle social formal, **Soriano** acentua “conceito de controle social remete à relação de poder com os cidadãos” (1997, p. 317), o que confirma essa interdependência. **Reale** chega a dizer que o direito sequer pode ser pensado “sem a interferência originária do poder que põe termo aos conflitos e contrastes axiológicos” (1998, p. 227). Fica claro, portanto, que toda norma jurídica abstrata, e toda decisão judicial, resolve relação de poder, distribui poder ou limita poder – isto ilustra claramente a relação entre poder e direito.

Especificamente com relação ao direito penal (termo aqui excepcionalmente usado nas suas três tradicionais acepções), a interpenetração com o poder é verdadeiramente assombrosa. A própria consideração, citada no item 1.1.1, de que, para a compreensão do poder punitivo, é totalmente inadequado o transplante, para a esfera penal, do conceito originalmente civilístico de direito subjetivo, mostra claramente a quase simbiose, nesta esfera, entre poder e direito.

Muitos autores frisam (embora, muitas vezes, sem maior elaboração), essa relação entre poder e direito penal. **Figueiredo Dias** diz que “pode afirmar-se que o direito penal objetivo é expressão ou emanção do poder punitivo do Estado” (2004, p. 6). **Manzini**, em seu *Trattato di Diritto Penale*, vê um “paralelismo constante entre ordenamento jurídico e ordem política do Estado” (1950, p. 39). E **Américo Taipa de Carvalho** assegura que o direito penal é “um dos barômetros por excelência do modo de relacionamento entre o poder político e as pessoas e os grupos sociais a ele sujeitos” (2003, p. 27).

Os trabalhos de **Foucault** viriam, todavia, a revolucionar a compreensão do poder exercido pelo sistema penal. Ele anotava que as instituições penais têm papel essencial no

funcionamento geral das engrenagens do poder (2003, p. 6), mas frisava – o que é muito importante – que a mera noção de repressão é inadequada para dar conta do que existe de produtor no poder (2003, p. 7). No que toca especificamente ao direito penal, **Foucault** assentava, com toda a razão, que, entre os séculos XVIII-XIX, se percebe que é mais eficaz e rentável vigiar do que punir (2003, p. 130). Isto se deve ao fato de que esse poder de vigiar, de disciplinar, de controlar permite o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e que lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade. **Foucault** chega a dizer que o poder (não só, mas principalmente em sua faceta disciplinar) forma o indivíduo:

“o indivíduo não é o dado sobre o qual se exerce e se abate o poder. O indivíduo, com suas características, sua identidade, fixado a si mesmo, é o produto de uma relação de poder que se exerce sobre corpos, multiplicidades, movimentos, desejos, forças” (2003, pp. 161-162).

Claramente influenciado pela arguta lição de **Foucault**, **Zaffaroni** anota que a criminalização secundária (ou seja, a repressão efetiva) é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa por agências judiciais: detenção de uma pessoa suspeita para identificá-la ou porque chama a atenção, vigilância de locais de reunião ou de espetáculos, de espaços abertos, registro de informação recolhida em tarefa de vigilância, controle aduaneiro, migratório, veicular, expedição de documentação pessoal, investigação da vida privada das pessoas, informações de contas bancárias, do patrimônio, de conversas privadas, telegráficas, telemáticas, postais, eletrônicas etc., tudo com pretexto de prevenção e vigilância para a segurança ou investigação para a criminalização. Ou seja, “um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de modo tão arbitrário como desregulado, e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária”; e **Zaffaroni** completa: “este poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal” (2000, pp. 12-13).

Em outro trabalho, **Zaffaroni**, muito enfaticamente, ensina que a ligação entre poder e direito penal é de tal ordem que “analisar o discurso penal ignorando os elementos de poder que revela o saber político distorce sua percepção e oculta uma de suas mais importantes dimensões”, e leva a “alienação política do penalista”. E critica acerbamente a tentativa de circunscrever à política criminal as relações entre política e direito penal:

“é tão óbvio que o direito penal não pode permanecer separado da política que, para evitar o escândalo de semelhante negação, se inventou um substituto que dá a impressão de manter a interdisciplinaridade. Para isto se usou a política criminal: se apelou à mencionada confusão entre os planos do ser e do dever ser, se inventou uma sociedade que não existe, se deu por pressuposta a função preventiva geral da pena e, como resultado disso se alucinou uma política que se pretenda que funciona como nada funciona na prática” (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, Manual de Derecho Penal, 2005, pp. 125-6)

Na relação entre poder e direito, discute-se muito a questão da anterioridade entre poder e direito; a verdadeira importância desta questão se deve ao fato de que ela esconde a questão realmente essencial: a discussão acerca da prevalência do direito ou do poder, na hipótese em que estejam em conflito. **Reale**, de certa maneira contornando a questão essencial, entendia que

“não há que se falar em anterioridade do poder ou do direito, de um ponto de vista lógico, pois os dois fatores se implicam e se exigem numa relação de polaridade”, e que [...] “há polaridade entre dois fatores quando o conceito de um é essencial à plena determinação conceitual do outro, sem que um possa, no entanto, ser reduzido ao outro, mantendo-se, pois, sempre distintos e complementares.”. (1998, p. 230).

E continua o pranteado professor paulista:

“ora, o direito despido do poder é impotente, torna-se mero desidratem ético ou asseveração lógica sem condições de realizabilidade (e a realizabilidade, disse-o bem Jhering, é da essência da juridicidade); por outro lado, o poder, privado de referência jurídica ou não subordinado a limites objetivos, converte-se em pura força ou arbítrio. Poder e direito se exigem, pois reciprocamente se iluminam” (1998, p. 230).

Para alguns juristas (como, p.ex., **Carl Schmitt**), o poder deve prevalecer sobre o direito, pois o poder, como poder soberano, é que seria o fundamento de validade, ou de invalidade, do direito. O direito seria um mero instrumento do poder, uma mera manifestação da vontade do poder, podendo haver outros instrumentos ou manifestações de poder fora e até contra o direito. **Schmitt** concebe o direito como o produto da capacidade de decisão de quem detém poder político, o que leva a que o poder possa, se necessário, ignorar o direito, agindo fora e além dos limites deste (matriz do decisionismo). Outros (como, p.ex., **Hans Kelsen**), entendem que o direito deve prevalecer sobre o poder, pois o direito, como norma fundamental, é que seria o fundamento de validade do ordenamento jurídico e de legitimidade do poder político. O direito é instrumento de organização e de controle da força. Não seria possível, portanto, agir fora das normas jurídicas (matriz do normativismo) (CÓRDOVA VIANELLO, 2009, pp. 42-44).

Na relação entre poder e direito há, na verdade, uma clara circularidade, o poder e a regra jurídica não são completamente separáveis e suas relações são íntimas: por um lado, o poder é criador de direito, e as regras de direito positivo não têm outra fonte que o poder; por outro lado, estas mesmas regras jurídicas precisam ser sancionadas pelo poder, de tal forma que têm a missão de limitar o poder que as cria e que as sanciona (HAURIU, 1927, p. 282). O poder impõe a verdade que lhe interessa e beneficia, acudindo, se necessário, ao expediente do direito, estabelecendo normas jurídicas e construindo discursos de legitimação. Nessa relação entre poder, saber e verdade, o **direito** é a linguagem oportuna para integrar e repelir aqueles que se opõem aos ditados do poder. O poder se vale do direito para impor a sua verdade (SORIANO, 1997, p. 324). De outro lado, o direito também passa a delimitar e regulamentar o poder, sendo certo que o poder tem a prerrogativa, a todo tempo, de redefinir o direito.

Essa clara circularidade não impede de verificar que, na prática, o poder tem tido historicamente prevalência sobre o direito (certamente, muitas vezes indevida!); ou seja, na prática, **Schmitt** tem, neste aspecto, prevalecido sobre **Kelsen**. As regras jurídicas têm que tender a realizar a submissão do poder ao Direito, para que busquemos um efetivo Estado de Direito; a anotação temerosa de **Hauriou** bem mostra a dificuldade: “o empreendimento é difícil e parece um jogo de azar, pois o direito deve impor-se a um poder que o cria e o sanciona” (1927, p. 283).

Um poder que busque se sobrepor constantemente ao direito vigente, ou que busque modificar o direito vigente para realizar seu projeto político se afasta do Estado de Direito e estabelece um Estado de Polícia. Estabelecer-se contra o direito é, por vezes, uma tarefa que freqüentemente representa perda de reconhecimento (e, portanto, de legitimidade) do poder e, também, por vezes, se faz através do emprego de violência. Todavia, diz **Hauriou**,

“não há poder que possa manter-se praticamente durante muito tempo pela coação pura, prescindindo da obediência voluntária dos súditos. Todo poder que queira durar está, pois, obrigado a criar uma ordem de coisas e um direito positivo que não se desviem do direito natural até o ponto de empurrar os súditos a sublevar-se” (HAURIU, 1927, p. 164).

Essa perda de legitimidade do poder é, freqüentemente, fatal para qualquer instituição política. Como todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas petrificam e decaem tão logo o poder vivente do povo deixa de apoiá-las (ARENDR, *Communicative Power*, 1986, p. 62). O exame da legitimidade do poder é, portanto, essencial à consecução de um efetivo Estado de Direito. E essa discussão acerca da legitimidade do

poder conduz necessariamente ao exame do conceito de autoridade, que muitas vezes é precisamente a palavra para designar “poder legítimo” (STOPPINO, Poder, 1999, p. 940).

1.2. Poder e autoridade

A noção de autoridade, termo que se origina do latim *auctoritas*,⁴⁶ constitui um dos termos cruciais da teoria política, por sua estreita conexão com a noção de poder (STOPPINO, Autoridade, 1999, p. 88). **Hannah Arendt** dizia que autoridade é “um dos conceitos centrais do pensamento político”, e lamentava que,

“quando pensamos em autoridade, é como se fôssemos apanhados em um labirinto de abstrações, de metáforas, de figuras de linguagem, em que qualquer coisa pode ser confundida com qualquer coisa, por não dispormos de nenhuma realidade, seja na história, seja na experiência cotidiana, à qual possamos unanimemente recorrer” (2009, p. 181).

O conceito de autoridade, evidentemente, não é usado apenas no contexto de poder político. Fala-se em autoridade do pai, do professor, do cientista, da Igreja, etc. Lembra **Stoppino** que

“Praticamente todas as relações de poder mais duráveis são, em maior ou menor grau, relações de autoridade: o poder dos pais sobre os filhos na família, o do mestre sobre os alunos na escola, o poder do chefe de uma igreja sobre os fiéis, o poder de um empresário sobre os trabalhadores, o de um chefe militar sobre os soldados, o poder do Governo sobre os cidadãos de um Estado” (STOPPINO, Autoridade, 1999, p. 89).

Isto sempre constituiu um complicador adicional, pois o conceito de autoridade no poder político tem sido constantemente perturbado por traslados indevidos de circunstâncias específicas de outras relações de poder.

O termo autoridade tem sido empregado com significados diversos: **(i)** por vezes, o termo autoridade é empregado para designar um determinado modo de exercício de poder (p.ex., a condição de professor permite que alguém exerça autoridade para que o aluno mantenha atenção às lições); **(ii)** em outros momentos, o termo autoridade é empregado como

⁴⁶ “A palavra e o conceito são de origem romana. Nem a língua grega nem as várias experiências políticas da história grega mostram qualquer conhecimento da autoridade e do tipo de governo que ela implica” (ARENDR, Que é autoridade ?, 2009, p. 142). **Löberbauer**, também ressaltando a origem latina, assevera que a variedade de definições do conceito de autoridade sugere que o estudo se inicie com uma exposição histórica (2004, p. 8).

expressão sinônima do próprio poder, para designar uma parcela do poder que é, ou pode ser, exercido por aquele que o detém (p. ex., diz-se que alguém carece de autoridade para fazer algo); e (iii) e, por fim, o termo autoridade é empregado para designar o cargo ou a pessoa que detém o poder (p. ex., costuma-se dizer que chefes de Estado são autoridades).⁴⁷ Essas acepções diversas são, todavia, próximas, o que por vezes contribui para confundir.

No que toca à última acepção (item iii), pela qual “autoridade” denota o cargo ou a pessoa que o detém, não há maiores dificuldades de definição. No entanto, quanto às demais acepções (itens i e ii), o conceito de “autoridade” tem apresentado, historicamente, grandes divergências de definição, pela visceral ligação entre poder e autoridade e pelos numerosos âmbitos da vida social em que tais conceitos têm aplicação. Autoridade significa, em suma, “poder legítimo”; as grandes divergências estão, sempre, no fundamento dessa legitimidade e nas eventuais limitações que podem ser opostas ao poder. O fato de que, em regra, questões ideológicas tiveram (e continuam, por vezes, tendo) influência na definição de poder, conduziu a concepções bastante diferentes quanto aos elementos essenciais ao conceito de autoridade como relação de exercício de poder. Quando se diz que uma definição de autoridade ou de poder é ideológica, quer-se expressar, como bem diz **Lola Aniyar de Castro**, que “ela está a serviço de um projeto político determinado” (1982, p. 127).

Sempre que se pretendeu conceder maior poder às autoridades constituídas (aqui, evidentemente, no sentido de detentores do poder), eram incluídos, na definição, elementos que estendiam o conceito de autoridade (p.ex., a “exigência de obediência incondicional”), ou omitiam-se elementos a que pudessem limitar (p.ex., a ausência de referência à “necessidade de legitimidade” do poder; às vezes, com iguais efeitos, atribuía-se a fonte da legitimidade a um ente exterior e indiscutível: p.ex., a Deus). De outro lado, sempre que se pretendia diminuir o poder concedido às autoridades constituídas, o conceito de autoridade era bastante restringido: isto foi muito comum na época imediatamente posterior às traumáticas experiências políticas com **Hitler** e com **Stálin**, quando algumas definições de autoridade chegavam a dizer que o verdadeiro exercício de autoridade era incompatível com o emprego de violência e até de meios de persuasão. Não há dúvida quanto à importância da verdadeira autoridade para a ordenação do mundo, em qualquer época. A necessidade de autoridade é

⁴⁷ Assim, SENNETT, 2001, p. 31. É nessa última acepção que o art. 5.º, da lei de abuso de autoridade (lei n.º 4.898, de 09.12.1965) emprega o termo autoridade: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”. É também neste contexto que se fala em “autoridade” em termos de sujeito passivo de mandado de segurança (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 237).

fundamental, diz **Richard Sennett** (2001, p. 27); já **Hannah Arendt** dizia que a perda da autoridade é equivalente à perda de fundamento do mundo (2009, p. 132).

O fundamento filosófico da autoridade sempre teve importância nevrálgica para a conceituação do termo e para a própria amplitude com que o poder de autoridade pode ser exercido. Nas concepções laicas, o fundamento de legitimidade do poder de autoridade ora recorria à **natureza**, ora à **tradição**, ora apelava a **elementos místicos**; nas concepções religiosas, o fundamento da autoridade era invariavelmente a **divindade**. Esses fundamentos impediam (ou dificultavam sobremaneira) a discussão acerca da legitimidade do poder de autoridade e do estabelecimento de limites ao seu exercício: e, portanto, levavam a uma tendência de que todo e qualquer exercício de poder fosse legítimo. Tal discussão só é possível se se considera que a autoridade tem que se fundar na **razão** e no **consenso** dos indivíduos, concepção que, muito embora já estivesse em **Cícero**, somente passa a predominar depois do Iluminismo.

Nas sociedades primitivas, religião e poder político – como ressaltava **Fustel de Coulanges** — sempre se confundiam, pois o sacerdote era considerado

“o intermediário entre os deuses e o homem. Assim como na família a autoridade era inerente ao sacerdócio, e o pai, como chefe do culto doméstico, era ao mesmo tempo juiz e mestre, assim também o sumo-sacerdote da cidade era também o seu chefe político. O altar, na palavra de Aristóteles, conferia-lhe a dignidade. Essa confusão entre sacerdócio e poder nada tem de surpreendente. Encontramo-la na origem de quase todas as sociedades, seja porque na infância dos povos só a religião pode obter a obediência do homem, seja porque a nossa natureza tem a necessidade de não se submeter a outra autoridade que não seja uma idéia moral.” (2002, pp. 194-5).

A teoria de que a autoridade detém **divino** fundamento de legitimidade também está formulada na Epístola de São Paulo aos Romanos:

“**Submissão aos poderes civis** – Cada um se submeta às autoridades constituídas, pois não há autoridade que não venha de Deus, e as que existem foram estabelecidas por Deus. De modo que aquele que se revolta contra a autoridade, opõe-se à ordem estabelecida por Deus. E os que se opõem atrairão sobre si a condenação. Os que governam incutem medo quando se pratica o mal, não quando se faz o bem. Querem então não ter medo da autoridade? Pratica o bem e dela receberás elogios, pois ela é instrumento de Deus para conduzir ao bem. Se, porém, praticares o mal, teme, porque não é à toa que ela traz a espada: ela é instrumento de Deus para fazer Justiça por temor do castigo, mas também por dever de consciência. É também por isso que pagais impostos, pois os que governam são servidores de Deus, que se desincumbem com zelo do seu ofício. Dai a cada um o que lhe é devido: o imposto a quem é devido; a taxa a quem é devida; a reverência a quem é devida; a honra a quem é devida” (BIBLIA DE JERUSALÉM, 2002, p. 1987).⁴⁸

⁴⁸ A **primeira Epístola de São Pedro**, II, 12-17, também mostrava o fundamento divino do poder dos reis: “Sujeitai-vos a toda instituição humana por causa do Senhor, seja ao rei, como soberano, seja aos governadores, como enviados seus para a punição dos malfeitores e para o louvor dos que fazem o bem, pois esta é a vontade de Deus que, fazendo o bem, tapeis

Esta teoria de que a autoridade política provém diretamente de Deus, mesclada a outras, permaneceria, como se verá mais à frente, até o Iluminismo.

Na **Filosofia Grega**, as grandiosas tentativas de **Platão** e de **Aristóteles** de obter um conceito de autoridade para a vida política soçobraram, devido ao fato de não existir, no âmbito da vida política grega, nenhuma consciência de autoridade que se baseasse em experiências políticas imediatas. Foi a partir de experiências de natureza especificamente não-política que esses antigos filósofos gregos entenderam autoridade; a influência notória deles no pensamento ocidental levaria a que as gerações posteriores adotassem aspectos do conceito platônico e do conceito aristotélico de autoridade, o que estenderia a impropriedade de defluir tal conceito de experiências de natureza especificamente não-política (ARENDDT, *Que é autoridade ?*, 2009, p. 161).

Platão (428/427 a.C — 348/347 a. C) **não** apresentava uma doutrina unitária da autoridade, usando diversos fundamentos diferentes: natureza, tradição e até elementos místicos. Em *A República*, escrita por volta de 380 a.C., são encontrados trechos que sustentavam fundamentos diversos para a autoridade. Em certo trecho, **Platão** sustentava que o poder da autoridade deveria ser exercido pelos filósofos. Ele dividia os homens entre aqueles capazes de serem filósofos e os que não o eram (485b), e dizia que apenas os filósofos eram capazes de salvaguardar as leis e as instituições da cidade, e conseguiam chegar à verdade; os não-filósofos não seriam muito diferentes de cegos (485c) (PLATÃO, *A República*, 2006, p. 225). **Arendt** pondera que a idéia de “um governo em que os filósofos passam a governantes da cidade [...] não é muito surpreendente para aqueles que testemunharam a vida e a morte de Sócrates” (2009, p. 155). Em outro trecho de *A República*, **Platão** invocaria a **idade** como fundamento da autoridade: “que é preciso que os mais velhos comandem e os mais jovens sejam comandados, isso é evidente...” (412c) (2006, p. 125).⁴⁹

Provavelmente em virtude da morte de **Sócrates** (399 a.C.), **Platão** começou a descrever da persuasão como suficiente para guiar os homens, e a buscar algo que se prestasse a compeli-los sem o uso de meios externos de violência; **Platão** buscava um “princípio legítimo

a boca à ignorância dos insensatos. Comportai-vos como homens livres, não usando a liberdade como cobertura para o mal, mas como servos de Deus. Honrai a todos, amai os irmãos, temei a Deus, tributai honra ao rei” (BIBLIA DE JERUSALÉM, 2002, p. 2115).

⁴⁹ **Abbagnano** (2007, p. 113) via, aqui, um fundamento na natureza, do que **Arendt** discordava (2009, p. 157).

de coerção”.⁵⁰ Na mesma obra (A República), o problema é resolvido, por **Platão**, através do **mito final das recompensas e punições na vida futura**, o que claramente indica apelo a **elementos místicos**. Embora **Arendt** diga que o próprio **Platão** não acreditava nisto, nem pretendia que os filósofos acreditassem; ela lembra, muito apropriadamente, que esse “estratagem de Platão para persuadir a multidão” deixaria de ser utópico quando a religião o sancionasse (ARENDR, Que é autoridade ?, 2009, p. 147 e 180).

Em As Leis, o último de seus diálogos, **Platão** menciona sete títulos que conferem o “direito de comando”: **(i)** os pais têm direito de governar os seus descendentes; **(ii)** os nobres de governar os não-nobres; **(iii)** os velhos de governar os jovens; **(iv)** os senhores de governar os escravos; **(v)** o mais forte de governar o mais fraco; **(vi)** o sábio de governar o carente de entendimento; e **(vii)** por fim, até o favor dos deuses e da fortuna também caracterizaria “direito à autoridade”.⁵¹

Aristóteles (384 a.C. — 322 a. C.) discordava de que os filósofos deveriam ser reis⁵², e fundava a autoridade na **natureza**.⁵³ Essa afirmação se baseava em alguns trechos de A Política:

⁵⁰ ARENDR, 2009, p. 148. **Hannah Arendt** chega a dizer que este seria o principal impasse da filosofia política de **Platão** (2009, p. 147).

⁵¹ “**O ateniense**: Nossos Estados, presumo, necessitam contar com governantes e governados. **Clinias**: É claro. **O ateniense**: Muito bem. Quais e quantos são os títulos ou direitos, sob consenso, de autoridade e de obediência existentes tanto nos Estados, grandes ou pequenos, como nos ambientes domésticos ? Não será um deles aquele do pai e da mãe ? E, no geral, não será o direito dos pais de governar seus descendentes universalmente justo ? **Clinias**: Certamente. **O ateniense**: E depois desse o direito do nobre governar o não-nobre, e a seguir como um terceiro direito, aqueles dos mais velhos governarem seus descendentes universalmente justo ? **Clinias**: Certamente. **O ateniense**: E depois desse o direito do nobre governar o não-nobre, e a seguir como um terceiro direito, aqueles dos mais velhos governarem e os mais jovens serem governados. **Clinias**: Está certo. **O ateniense**: O quarto direito é o que exige a obediência dos escravos diante do mando dos senhores. **Clinias**: É indiscutível. **O ateniense**: E o quinto é, eu o imagino, o do mando do mais forte sobre o mais fraco. **Clinias**: Acabas de formular um forma de direito à autoridade verdadeiramente compulsória. **O ateniense**: E o que predomina entre todos os seres vivos, sendo ‘de acordo com a natureza’, como o disse Píndaro de Tebas. O mais importante título ou direito é, aparentemente, o sexto, o qual determina que aquele que carece de entendimento deve acatar, e o sábio conduzir e comandar. Ora, neste caso, mui sábio Píndaro, eu não diria certamente que é contra natureza, porém inteiramente de acordo com ela – a autoridade exercida sem constrangimento sobre os governados que a aceitam voluntariamente. **Clinias**: O que dizes é certíssimo. **O ateniense**: O favor dos deuses e da fortuna caracteriza a sétima forma de direito à autoridade, na qual um homem se adianta para um lance da sorte e declara que se ganhar será com justiça o governante, e se não o conseguir assumirá seu lugar entre os governados. **Clinias**: O que dizes encerra muita verdade” (Livro III, 689e a 690c). Em outro trecho consta: “**O ateniense**: Este é um daqueles direitos ou títulos sob consenso relativos ao governo. **Clinias**: Que títulos? **O ateniense**: Aqueles dos quais tratamos antes – títulos ou direitos quanto a quem deve governar quem. Foi demonstrado que os pais devem governar os filhos, os mais velhos os mais jovens, os de linhagem nobre os sem linhagem nobre, e (se lembrais) havia muitos outros títulos, alguns entre eles mutuamente conflitantes. O título diante de nós agora é um destes e dissemos citando Píndaro que a lei caminha com a natureza quando justifica o direito do poder. **Clinias**: Sim, isso é o que foi dito então.” (Livro IV, 714e-715) (PLATÃO, As Leis, 2010, pp. 153-4 e 187).

⁵² “Um fragmento do diálogo perdido Do Reinado declara que ‘não só não é necessário que um rei se torne filósofo, como, de fato, constitui um óbice a seu mister; é, contudo, necessário para um bom rei ouvir o verdadeiro filósofo e ser cordato quanto a seu conselho” (ARENDR, Que é autoridade ?, 2009, p. 146).

⁵³ Assim, ABBAGNANO, 2007, p. 113 e ARENDR, 2009, p. 157.

“que os governantes devam ser melhores do que seus súditos é inegável”; “a própria natureza proveu a distinção quando ela fez a diferença entre velho e jovem dentro da mesma espécie, dos quais ela moldou um para governar e o outro para ser governado. Ninguém se ofenda por ser governado quando é jovem, nem se julgue melhor do que seus governantes, especialmente se ele irá aproveitar o mesmo privilégio quando ele alcançar a idade requerida” (ARISTÓTELES, 1995, pp. 2115, 1332b).

Arendt dizia que esta solução aristotélica para a autoridade contradizia a afirmação do próprio **Aristóteles** de que a polis era uma comunidade de iguais (2009, p. 157 e 159). **Arendt** sustentava, com razão, que “a relação entre jovens e velhos é, em sua essência educacional”, e que esta confusão entre governo e educação é perigosa:

“a substituição do governo pela educação teve conseqüências do maior alcance. Com base nela, governantes tem passado por educadores e educadores têm sido acusados de governar. Nada é mais questionável, então como hoje em dia, do que a significação política de exemplos retirados do campo da educação. [...] “politicamente, a autoridade só pode adquirir caráter educacional se se admite, com os romanos, que sob todas as circunstâncias os antepassados representam o exemplo de grandeza para cada geração subsequente, que eles são os maiores, por definição” [...] “sempre que o modelo de educação através da autoridade, sem essa convicção fundamental, foi sobreposto ao reino da política (e isso sucedeu não poucas vezes, sendo ainda um esteio da argumentação conservadora), serviu basicamente para obscurecer pretensões reais ou ambicionadas ao poder, e fingiu querer educar quando na realidade tinha em mente dominar” (2009, p. 160).

Apenas na **Roma Antiga** é que os esforços da filosofia grega para encontrar um conceito de autoridade encontrariam campo fértil para se desenvolver, o que somente foi possível porque autoridade e tradição já haviam desempenhado um papel decisivo na vida política da República romana. Como diz **Hannah Arendt**, a autoridade, no período romano republicano, se fundamenta na fundação da cidade de Roma (2009, p. 162).⁵⁴ A autoridade dos governantes vivos se fundava na autoridade dos fundadores, e o que os governantes vivos faziam era aumentar (lembre-se que autoridade advém de *augere*, aumentar) a fundação; esse fundamento na fundação de Roma significava religar-se ao passado (aqui se podendo ver o nexa com a re-ligação); a fundação, assim, adquiria um caráter sagrado.⁵⁵ A autoridade (*auctoritas*), em contraposição ao poder (*potestas*), tinha suas raízes no passado, mas esse passado não era menos presente na vida real da cidade que o poder e a força dos vivos (ARENDR, *Que é autoridade ?*, 2009, pp. 162-3). Aqui se estabelecería uma tríade que,

⁵⁴ É também para buscar este fundamento de autoridade que inúmeros movimentos políticos se arvoram no direito de dizer que sua subida ao poder constituiria a fundação de algo novo ou uma refundação; p.ex., os nazistas sustentariam que fundaram um império (o III Reich), ainda pretendendo se fiar na tradição dos dois Reich's anteriores.

⁵⁵ “O poder coercivo da fundação era ele mesmo religioso, pois a cidade oferecia também aos deuses do povo um lar permanente – mais uma vez, ao contrário dos gregos, cujos deuses protegiam as cidades dos mortais e, por vezes, nelas habitavam, mas possuíam seu próprio lar, distante da morada dos homens, no Monte Olimpo” (ARENDR, *Que é autoridade ?*, 2009, p. 163).

assumida depois pelo Cristianismo, perpassaria muitos séculos: tradição, autoridade e religião (ARENDR, *Que é autoridade ?*, 2009, p. 168).

Antes de buscar esclarecer qual o conceito de *auctoritas* na República romana, é importante ter em mente as advertências de **Agamben**: a categoria romana da *auctoritas*, étimo de autoridade, é “um fenômeno cuja definição” [...] “parece esbarrar com obstáculos e aporias quase insuperáveis” e, além disso, no âmbito do Direito Romano, refere-se, numa complicação adicional, a uma fenomenologia relativamente ampla, que diz respeito tanto ao direito privado quanto ao direito público (2004, p. 113).

No âmbito privado, na Roma antiga, a *auctoritas* é a propriedade do auctor, i.e., da pessoa *sui iuris* (do pater familias), que intervém para conferir validade jurídica ao ato de um sujeito que, sozinho, não poder realizar um ato jurídico válido. Assim, a *auctoritas* do tutor torna válido o ato do incapaz e a *auctoritas* do pai ‘autoriza’, i.e., torna válido o matrimônio do filho *in potestate*; mas o ato do auctor não se baseia em algo como um poder jurídico de representação de que está investido (em relação ao menor ou ao incapaz) ele deriva diretamente de sua condição de pater (AGAMBEN, *Estado de Exceção*, 2004, pp. 117-119).

Já no âmbito público, a *auctoritas*, na forma de *auctoritas patrum*, designa a prerrogativa por excelência do Senado romano (literalmente, conselho de anciãos, *senes*; e a alusão, aqui, aos pais fundadores de Roma é evidente). Na República romana, a autoridade (*auctoritas*) e o poder (*potestas*) não eram detidos pelo mesmo ente; **Cícero** dizia: “enquanto o poder reside no povo, a autoridade repousa no Senado”. Por isso, **Arendt** dizia, referindo-se à República romana, que “a característica mais importante dos que detêm autoridade é não possuir poder” (2009, p. 164). **Agamben** diz que “*auctoritas* e *potestas* são claramente distintas e, entretanto, formam juntas um sistema binário” (2004, p. 120).

Historiadores do direito sempre tiveram dificuldades para expressar essa função do Senado (a *auctoritas patrum*). O Senado não tem ação própria, somente podendo agir em ligação com o magistrado ou para homologar as decisões de comícios populares, ratificando leis⁵⁶; não pode se manifestar sem ser interrogado pelos magistrados e só pode perguntar ou aconselhar e esse conselho nunca é vinculante de modo absoluto (AGAMBEN, *Estado de Exceção*, 2004, p. 119). Todavia, **Mommsen**, em passagem célebre, dizia que a *auctoritas* é

⁵⁶ Há, aqui, como bem anota **Agamben**, uma clara analogia estrutural entre a *auctoritas* de direito privado e a *auctoritas* de direito público: em ambas aquele que exerce a *auctoritas* dá validade ao ato. Além disso, “uma mesma fórmula (*auctor fio*) designa tanto a ação do tutor que homologa o ato do menor quanto a ratificação senatorial das decisões populares” (2004, pp. 120-1).

“mais que um conselho e menos que uma ordem; um conselho que não se pode ignorar sem risco” (apud ARENDT, 2009, p. 165).

Esta passagem de **Mommsen** fica ainda mais clara quando se verificam as ponderações de **Agamben** de que a auctoritas do Senado podia suspender ou reativar a potestas dos magistrados ou do povo. Essas possibilidades de suspensão ou de reativação de poder, que ajudam a mostrar a relação entre auctoritas e potestas na República romana, defluíam de três institutos jurídicos que era de atribuição do Senado: **(i)** o iustitium; **(ii)** o interregnum; e **(iii)** a hostis iudicatio.

O **iustitium**, que **Agamben** considera, de certa forma, como um arquétipo do moderno Ausnahmezustand (Estado de Exceção), produzia uma verdadeira suspensão da ordem jurídica. Quando tinha notícia de alguma situação que punha em perigo a República, o Senado emitia um senatus consultum ultimum no qual pedia aos cônsules (e, no limite, até a cada cidadão) que tomassem qualquer medida considerada necessária à salvação do Estado; isto se realizava através de um decreto que declarava o tumultus (situação de emergência, provocada, em regra, por guerra ou insurreição) e podia dar lugar ao iustitium (literalmente, interrupção ou suspensão do direito) (AGAMBEN, Estado de Exceção, 2004, pp. 67-8). O **interregnum** podia ser proclamado pelo Senado quando “por morte ou outra razão, não havia, na cidade, nenhum cônsul ou nenhum outro magistrado (exceto os representantes da plebe)”; nessa hipótese, os patres auctores (i.e., o grupo de senadores que pertenciam a uma família consular, em oposição ao patres conscripti) nomeavam um interrex que garantia a continuidade do poder. Durante o interregnum, a Constituição estava suspensa. A auctoritas, aqui, mostra sua capacidade de reativar a potestas, sendo certo que tal capacidade, diz **Agamben**, “decorre imediatamente da condição pessoal do patres”, não tendo sido recebida “do povo ou de um magistrado” (2004, p. 122). Já a **hostis iudicatio** consistia na declaração, pelo Senado, de que alguém é hostis, inimigo público; o hostis iudicatus (ou seja, a pessoa sobre a qual recaia a declaração) era “radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia, portanto, em qualquer momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte”; suspendia-se, aqui, o ius civis, o próprio estatuto do cidadão romano (AGAMBEN, Estado de Exceção, 2004, p. 123). Essa relação entre a auctoritas e a potestas faz **Agamben**, seguindo

Magdelain⁵⁷, concluir que a auctoritas era um “poder que confere legitimidade”(2004, p. 121).

No Principado Romano, que se iniciaria em 27 a.C., adviria um conceito inteiramente novo, a auctoritas principis. Em uma passagem do capítulo 34 das Res gestae, **Augusto**, primeiro príncipe romano, define a especificidade de seu poder constitucional não em termos certos de uma potestas, que ele declara dividir com os seus colegas de magistratura, mas nos termos mais vagos de uma auctoritas. O sentido do nome ‘Augusto’, que o Senado lhe conferira, coincide inteiramente com essa reivindicação: ele provém da mesma raiz de augeo e de auctor, e não significa uma potestas, mas o esplendor de uma auctoritas (AGAMBEN, Estado de Exceção, 2004, pp. 124-5). A característica mais importante e peculiar à auctoritas principis é o fato de que ela “deriva da pessoa, como algo que se constitui através dela, vive somente nela e com ela desaparece” (HEINZE, apud AGAMBEN, 2004, p. 125). Diz **Agamben**:

“Se Augusto recebe do povo e do Senado todas as magistraturas, a auctoritas, ao contrário, está ligada à sua pessoa e o constitui como auctor optimi status, como aquele que legitima e garante toda a vida política romana” (2004, p. 126).

Com a conversão de **Constantino** (312-313), o Cristianismo tornar-se-ia a religião dominante do Império Romano. Se o mundo é governado por um Deus pessoal, logo se vem a considerar o Estado como uma instituição divina (DEL VECCHIO, 1979, p. 60). Nas áreas de influência do Cristianismo, considerava-se que todos os reinos e principados haviam sido criados por Deus, não havendo poder que não venha d’Ele (omnis potestas a Deo), sendo obrigação de consciência obedecer e rezar pelos soberanos; quem resiste ao Estado resiste à ordenação de Deus (CABRAL DE MONCADA, 2006, p. 54). Diz **Abbagnano** que, “segundo esse ponto de vista, autoridade e força coincidem: quem possui força para impor-se não pode deixar de gozar de uma autoridade válida, visto que toda força é desejada por Deus ou é divina” (2007, p. 114).

Arendt ressalta que o fundamento da autoridade, na concepção religiosa, também se valia de elementos ligados à **tradição**. Tal como ocorrera na vida política de Roma (em que o fundamento da autoridade provinha da fundação de Roma), no âmbito da Igreja os apóstolos também se tornaram os “pais fundadores”, e era deles que a Igreja derivava sua própria

⁵⁷ **Magdelain**, citado por **Agamben**, dizia que “a validade jurídica não é um caráter originário das ações humanas, mas deve ser comunicada a elas por meio de um ‘poder que confere legitimidade’ (Magdelain, 1990, p. 686)”, que era precisamente a auctoritas.

autoridade, na medida em que legasse seu testemunho através da tradição, de geração a geração. Foi a partir da consideração de que a autoridade da Igreja derivava dos apóstolos que o Papa, sucessor destes na condução da Igreja de Cristo, passaria a ser considerado uma autoridade; nascia a autoridade papal, que, durante muitos séculos, rivalizaria com o poder dos reis (2009, pp. 168-9). Apenas a partir dessa re-ligação com os “pais fundadores” que a fé cristã se tornou uma religião, não apenas no sentido pós-cristão, mas também no sentido antigo. Aqui, a doutrina cristã abraçaria a tríade romana: **religião, autoridade e tradição**. A importância e a correlação entre os elementos dessa tríade se tornaram tão intensas que **Hannah Arendt** diria, não sem razão, que “sempre que um dos elementos da trindade romana – religião, autoridade ou tradição – fosse posto em dúvida ou eliminado, os dois restantes não teriam mais segurança” (2009, p. 171).

Santo Agostinho (354-430), grande filósofo que os romanos tiveram⁵⁸, e que aparece no momento em que o Império Romano ruía, seguia a teoria do fundamento divino do poder dos reis em sua monumental Cidade de Deus, sustentando, ao tratar do domínio romano, que:

“nós não atribuímos o poder de conceder reinos e impérios a ninguém, salvo ao verdadeiro Deus, que dá felicidade no Reino dos Céus apenas aos pios, mas dá poder reinante na terra a ambos, pios e ímpios, como quer que agrade a Ele, cujo bom prazer é sempre justo” [...] “nós dissemos algo sobre os princípios que guiam a administração Dele, na medida em que pareceu a Ele bom explicar, mas é demais para nós, e ultrapassa muito a nossa força, discutir as coisas ocultas nos corações dos homens e, em exame claro, determinar os méritos dos vários reinos” (2009, p. 156)

Durante toda a Idade Média, as teorias de fundamentação divina da autoridade papal e do poder real encontrariam impressionante hegemonia. Nesse período, o foco estava na discussão acerca da primazia no exercício do poder: alguns entendiam que a Igreja tinha a autoridade máxima; outros entendiam que o Estado era um poder paralelo respondendo apenas a Deus (e não à Igreja). A Igreja, de início, tende a sobrepor-se ao Estado, visto que, enquanto este se ocupa das coisas terrenas, aquela se ocupa das coisas eternas; daí a pretensão de usar do Estado como meio para atingir fim religioso, afirmando-se a Igreja como autoridade autônoma e superior ao Estado (DEL VECCHIO, 1979, p. 61).

John of Salisbury (1115-1180), notável filósofo inglês, também conferia a primazia à autoridade eclesiástica: “O príncipe é, assim, um tipo de ministro dos sacerdotes e aquele que exercita aquelas características dos deveres sagrados que parecem uma indignidade nas mãos dos sacerdotes” (2000, p. 32). No século XIII, **São Tomás de Aquino** (1225-1274), principal

⁵⁸ARENDR, 2009, p. 169.

representante da Escolástica e que terá sido provavelmente o mais influente filósofo daquela centúria, mantinha a teoria de que “o Estado é uma imagem do reino de Deus”, devendo ser obedecido; somente a Igreja subordina o Estado, estando o Papa acima dos reis e possuindo o direito de puni-los e até de dispensar os súditos de reconhecer a autoridade real (DEL VECCHIO, 1979, pp. 66-67).

A partir do século XIV, a tendência ao reconhecimento da autonomia do Estado frente à Igreja iria se fortalecer bastante, a partir das obras de **Dante Alighieri** (1285-1321), que, no tratado *Monarquia* (escrito provavelmente em 1310), sustentaria, no livro terceiro, a autonomia do Imperador frente à Igreja, no que toca à ordem temporal, e de **Marcilio de Pádua** (1278-1342), que chega a sustentar que o Papa e o clero não gozam de qualquer jurisdição coercitiva, nem tampouco o direito de impor respeito da lei divina; isto competiria aos tribunais civis (DEL VECCHIO, 1979, pp. 69-70). O início do século XVI testemunharia importantes desafios à autoridade eclesiástica, a partir de Reforma Protestante, iniciada em 1517 por **Lutero** (1483-1546), que considerava que os cristãos não estavam submetidos ao Papado, mas apenas às palavras das Sagradas Escrituras; **Lutero** seria excomungado, em 1521.⁵⁹

Maquiavel (1469-1527), sustenta **Arendt**, fundava a autoridade no ato de fundação, tal como os romanos. A diferença estava em que, quanto à Roma antiga, a fundação era um ato pretérito; em **Maquiavel**, esse ato fundacional poderia ser obtido e defendido por quaisquer meios eficazes (ainda que moralmente reprováveis), inclusive a violência e a fraude (2009, p. 181 e 184). **Maquiavel** nunca pretendeu escrever um tratado de moral; ele queria lidar com um problema político, a formação de um Estado nacional italiano, exortando o príncipe a tomar, pelos meios que julgava mais eficientes, a iniciativa para atingir tal fim (DEL VECCHIO, 1979, p. 78).

A partir do século do final do **século XVI**, surgiria a tese do absolutismo monárquico, cujos principais representantes eram **Jean Bodin** (1530-1596), **Thomas Hobbes** (1588-1679) e **Jacques Bossuet** (1627-1704). Para eles, o poder real é absoluto e deriva diretamente de Deus, sem mediações (não passando pelo Papa, a quem, portanto, o monarca não precisava prestar contas). **Bodin** afirmava que em cada Estado deve existir um poder supremo, uno e indivisível, e que os caracteres essenciais da soberania são o absolutismo e a perpetuidade; o soberano estava acima das leis, não havendo nenhum direito à rebelião, nem direitos do súdito

⁵⁹**Lutero** se oporia à venda de indulgências, pelo Papado, para reconstruir a Basílica de São Pedro, e defenderia que o pecadão seria redimido pela fé nas Sagradas Escrituras (e não necessariamente a boas ações).

contra o Estado (DEL VECCHIO, 1979, p. 79). **Bodin** sempre pensou em política como fiel súdito do rei da França (CABRAL DE MONCADA, 2006, p. 119).

Bossuet dizia que o império absoluto de Deus tem, como fundamento, a criação, que Ele tirou tudo do nada, e é por isso que tudo está em Sua mão; além disso, Deus exerceu este império e, portanto, autoridade, sobre os homens (citando Adão, Caim e Abel, Noé, Abraão, Isaac e Jacó) (1999, pp. 39-40). A monarquia seria o sistema de governo mais natural porque todo o mundo teria começado com monarquias (1999, p. 47), e o poder monárquico hereditário seria o mais vantajoso (1999, p. 49), seria sagrado (porque Deus estabelecia reis como Seus ministros e reinaria, através dele sobre os povos; assim, a pessoa do rei também seria sagrada) (1999, p. 57) e seria absoluto (não prestaria contas a ninguém) (1999, p. 81). Para **Hobbes**, quando os homens conferem poder a um soberano, se despojam dele, não podendo reavê-lo; assim, o poder do soberano é absoluto e irrestrito; o Estado decide tudo (não só política, mas também moral e religião); esse sistema representa uma concepção profundamente autoritária de Estado (MARÍAS, 2004, p. 274). O dever supremo do soberano é prover segurança (e não liberdade) aos súditos, devendo dispor de espias, para a vigilância, e de armas para repressão (HOBBS, 2002, p. 197). Nesse contexto, é evidente que a autoridade política era ilimitada.

É interessante ver que tal teoria aportaria no Brasil; na década de 1770, **Tomás Antonio Gonzaga**, em seu Tratado de Direito Natural, sustentá-la-ia abertamente, dizendo que o rei recebe poderes diretamente de Deus:

“Não se poderá negar que todo o poder que um ente criado exercita sobre outro seu semelhante não pode proceder senão de Deus. Eu me persuado que ninguém o negue, pois, fazendo a natureza iguais a todos, é necessário, para reconhecermos mais superioridade a um do que aos outros que Deus aprova e confirma o título porque damos a qualquer o poder de governar. O claro conhecimento desta verdade não carece mais do que lançarmos os olhos para as sagradas letras” (2004, p. 139). E mais, o rei não presta contas ao povo, só a Deus: “a minha opinião é que o rei não pode ser de forma alguma subordinado ao povo; e por isso ainda que o rei governe mal e cometa algum delito, nem por isso o povo pode se armar de castigos contra ele” [...] “os delitos do rei não podem ter outro juiz senão a Deus”.

Embora **Gonzaga** afirmasse que “isto não é dizer que o rei pode fazer tudo quanto lhe parecer, porque isto seria ser sequaz de Maquiavel”, e seria “fazer aos reis absolutos e tiranos”, o fato é ele finaliza dizendo que “como das ações do rei ninguém pode conhecer, além de Deus, não pode haver quem julgue se ele verdadeiramente é inimigo da sociedade ou não é” (2004, pp. 139-140).

Todas essas concepções (fundadas em divindades, em misticismo, na natureza), têm a característica comum, como bem nota **Abbagnano**, de “tornar a autoridade totalmente

independente do consenso dos súditos” (2007, p. 113). Isto muda, radicalmente, a partir do **Iluminismo**, que, como se sabe, foi um movimento de idéias desenvolvido especialmente no século XVIII (por isso, denominado “século das Luzes”) que visava estimular a luta da “razão contra a autoridade”, a luta da “luz contra as trevas” (daí advindo o nome Iluminismo, vertido da palavra alemã Aufklärung).

Na Encyclopédie, símbolo do Iluminismo do século XVIII⁶⁰, **Denis Diderot**, em seu famoso verbete sobre “autoridade política”, escrito por volta de 1751, diria:

“Nenhum homem teve, por natureza, concedido o direito de comandar os outros. Liberdade é um dom dos céus, e todo membro da mesma espécie tem o direito de gozá-la a partir do momento em que é dotado de razão. Se a natureza estabeleceu alguma autoridade, é aquela do pátrio poder; mas o pátrio poder tem seus limites, e no estado de natureza ele cessaria a partir do momento em que as crianças fossem capazes de tomar conta de si. Qualquer outra autoridade se origina fora da natureza. Examinando a fundo, ela sempre pode ser rastreada para uma de duas fontes: ou à força e violência da pessoa que detém, ou ao consentimento daqueles que se submeteram a ela, em virtude de um contrato, real ou presumido, com a pessoa à qual eles a conferiram” (2001, p. 6).

E **Diderot** conclui: “poder verdadeiro e legítimo é, assim, necessariamente limitado” (2001, p. 8). No verbete “poder”, não assinado (certamente por seu alto teor “revolucionário”), lia-se: “o fundamento do poder é o consentimento dos homens reunidos em sociedade”, e “nunca pretenderam [os homens] entregar-se sem reservas a senhores autoritários, dar as mãos à tirania e à opressão ou conferir a outros o direito de torná-los infelizes” (DIDEROT, Verbetes políticos da Enciclopédia, 2006, p. 217).

O Iluminismo é uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos (BINETTI, 1999, p. 605). A real consequência do Iluminismo foi precisamente a sujeição de toda autoridade à razão. A religião e a tradição são profundamente questionadas pelo movimento iluminista; para eles, “não é a tradição, mas a razão que constitui a fonte última de toda a autoridade”. O Iluminismo “coloca a tradição como objeto de crítica, tal como as ciências naturais fazem com a evidência dos sentidos”; a partir dele, “nem a autoridade doutrinária do papa, nem o apelo à tradição podem impedir o trabalho da hermenêutica, que pode salvaguardar o significado razoável de um texto contra toda imposição” (GADAMER, 2004 [1960], p. 274 e 279). A partir do Iluminismo, não mais se buscava fundamentação divina ou, de outro modo, mística para o exercício de poder político.

⁶⁰RUSSELL, História do Pensamento Ocidental, 2001, p. 337

A tradição voltaria, eventualmente, a ser considerada fator de legitimação da autoridade (mas apenas se pudesse ser ratificada pela razão).

Na virada do século XIX para o século XX, **Max Weber** trabalhava com uma categoria geral que denominava **domínio** (em alemão, Herrschaft)⁶¹, que consistia na “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria”, e distinguindo dois tipos: “domínio em virtude de uma constelação de interesses” (especialmente em virtude de uma situação de monopólio) e “domínio em virtude de autoridade” (que consistia em poder de mando associado ao dever de obediência) (2004, p. 188). **Weber** reconhecia que a subsistência de toda dominação “depende, no mais alto grau, da autojustificação mediante o apelo aos princípios da sua legitimação”; esses princípios seriam três: **(a)** “primeiramente um sistema de regras racionais estatuídas (pactuadas ou impostas) que, como normas universalmente compromissórias, encontram obediência quando a pessoa por elas ‘autorizada’ a exige” (tem-se chamado essa modalidade de **autoridade racional** ou **legal**) – aqui, salienta **Weber**, “obedece-se à regras e não à pessoa”; **(b)** a legitimação “pode encontrar seu fundamento na tradição sagrada, isto é, no habitual, no que tem sido assim desde sempre, tradição que prescreve obediência diante de determinadas pessoas” (tem-se chamado de **autoridade tradicional**); e, por fim, **(c)** a legitimação “pode basear-se na entrega ao extraordinário, na crença no carisma, isto é, na revelação atual ou na graça concedida a determinada pessoa – em redentores, profetas e heroísmo de qualquer espécie” (a denominada **autoridade carismática**) (2004, pp. 197-8).

Nos anos 1920, ressurgiria, vigorosamente, na Europa a idéia da auctoritas principis que remontava ao Principado romano. **Agamben** anota que o crescente peso que concepções autoritárias exerciam na vida política europeia naqueles anos foi acompanhado pari passu pela descoberta de um erro na tradução de uma inscrição de **Augusto**; esses fenômenos levariam, nos dez anos seguintes, a muitos estudos sobre a auctoritas principis. Em 1937, um estudioso alemão, **Wenger**, escreveria:

“auctoritas, isto é, o conceito fundamental do direito público em nossos Estados modernos autoritários, não só literalmente, mas também do ponto de vista do conteúdo, só é compreensível a partir do direito romano do período do principado” (apud AGAMBEN, 2004, p. 124).

Agamben chega a dizer que:

⁶¹ **Löberbauer**, acuradamente, ressalta que **Weber** usava o conceito de Herrschaft como sinônimo de Autorität (autoridade) (2004, p. 9)

“para compreender fenômenos modernos como o Duce fascista e o Führer nazistas, é importante não esquecer sua continuidade com o princípio da auctoritas principis. [...] nem o Duce nem o Führer representam magistraturas ou cargos públicos constitucionalmente definidos – ainda que Mussolini e Hitler estivessem investidos, respectivamente, do cargo de chefe de governo e do cargo de chanceler do Reich, como Augusto estava investido do imperium consolare ou da potestas tribunicia. As qualidades de Duce e de Führer estão ligadas diretamente à pessoa física e pertencem à tradição biopolítica da auctoritas e não à tradição jurídica da potestas” (2004, p. 127).

A análise do movimento nazista mostra que eles claramente também se inspiraram no conceito de fundação (que remontava a Roma e que **Hobbes** ressuscitaria); os nazistas acreditavam que fundavam um novo império e que todos os aspectos da vida alemã deveriam ser renovados para se adequar às idéias e às diretrizes do movimento nacional-socialista. O poder defluía da comunidade do povo, cujo “são sentimento” era interpretado pela autoridade máxima e incontestável do Führer.

As experiências nazistas e fascistas, nas quais houve um traumático emprego abusivo de poderes de autoridade, levariam a uma ojeriza ou, no mínimo, a uma resistência às autoridades (aqui no sentido do cargo ou da pessoa que o ocupa), que contaminaria e nublaria a conceituação de autoridade como relação de poder. No pós-guerra, muitos autores buscariam reabilitar a dignidade do conceito de autoridade, apartando-o daqueles elementos daninhos que poderiam conduzir a novas experiências políticas traumáticas. Entre os autores que, no pós-guerra, se dedicaram a chegar a um conceito de autoridade, releva considerar as posições de **Hannah Arendt**, e de **Hans-Georg Gadamer**.

Hannah Arendt, apesar de sua conhecida reticência quanto à possibilidade de tal conceituação, defendia um conceito de autoridade bastante restrito. Escrevendo no final da década de 1950, **Arendt** entendia que havia uma crise de autoridade que se aprofundava desde o início do século XX. Sustentava ela que a verdadeira autoridade teria desaparecido do mundo e que, pela ausência de experiências autênticas e incontestes, o próprio termo se tornou enevoado por controvérsia e confusão (2009, p. 127). O sintoma mais significativo dessa crise seria o fato de que a autoridade era negada até em áreas pré-políticas, tais como a criação dos filhos e a educação, onde, no sentido mais lato, sempre fora aceita como uma necessidade natural (2009, p. 128).

Arendt se mostrava cética quanto à possibilidade de saber o que a autoridade realmente é e se aproximava de uma definição a partir de exclusões, dizendo o que a autoridade não é: inspirando-se em **Platão**, sustentava que autoridade seria incompatível com

coerção⁶² e com persuasão.⁶³ “Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força, como à persuasão através de argumentos”. A autoridade se fundava apenas na legitimidade da própria hierarquia, que exigia “uma obediência na qual os homens retêm sua liberdade” (2009, p. 144); se fosse necessário o uso de força ou de argumentação persuasiva, não mais havia de que se falar em autêntica autoridade (2009, pp. 129-30). **Arendt** diz que, em virtude de uma quase universal funcionalização de todos os conceitos e idéias em Ciências Sociais (2009, p. 139), há uma falsa crença de que “autoridade é tudo aquilo que faz com que as pessoas obedeçam”. Daí adviria, em seu sentir, a indevida consideração de que violência é autoridade: “se a violência preenche a mesma função que a autoridade – faz com que as pessoas obedeçam –, então violência é autoridade” (2009, p. 140). **Arendt** ressalta o perigoso desfecho dessa confusão: “utilizaremos a violência pretendendo ter restabelecido a autoridade”(2009, p. 141).

Arendt reclamava ainda que haveria, naquele momento, uma grande confusão entre os significados de “autoridade”, “tirania” e “totalitarismo” (2009, p. 132), o que faria com que

“passem por alto a diferença de princípio entre a restrição da liberdade em regimes autoritários, a abolição da liberdade política em tiranias e ditaduras, e a total eliminação da espontaneidade, isto é, da mais geral e elementar manifestação da liberdade humana a qual somente visam os regimes totalitários” (2009, p. 133).⁶⁴

Deplorando ainda a perda da tradição e da religião, **Arendt** dizia que “a autoridade [...] deu ao mundo a permanência e a durabilidade de que os seres humanos necessitam precisamente por serem mortais”, e concluía que a perda da autoridade “é equivalente à perda de fundamento do mundo”, “à perda da permanência e da segurança do mundo” (2009, p. 132).

A verdadeira autoridade, para **Arendt**, não lograria mais se fundar na crença (já perdida definitivamente para ela) em existências futuras⁶⁵; ela recorria à experiência romana

⁶² Neste ponto, dizia ela: autoridade “é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência”; “a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou” (ARENDDT, Que é autoridade ?, 2009, p. 129).

⁶³ Para ela, a **persuasão** pressupõe igualdade e opera mediante processo de argumentação. Na relação de autoridade, não há igualdade, há hierarquia. Se entrasse a argumentação para persuasão, a autoridade é colocada em suspenso (ARENDDT, Que é autoridade ?, 2009, p. 129).

⁶⁴ Neste trecho, e em vários outros, nota-se – e é importante atentar para isto – que Arendt usa o adjetivo “autoritário” para denotar os regimes em que há autoridade (um conceito que, lembre-se, ela reputa positivo), e não para caracterizar os regimes em que há autoritarismo.

⁶⁵ “Não importando quão religioso o nosso mundo possa tornar a ser, ou quanta fé autêntica ainda exista ele, ou ainda quão profundamente nossos valores morais possam se enraizar em nossos sistemas religiosos, o medo do inferno não está mais entre os motivos que impediriam ou estimulariam as ações da massa” (ARENDDT, Que é autoridade ?, 2009, p. 180)

republicana⁶⁶ (que fundamenta a autoridade na “fundação de Roma”) e sustentava que “há em nossa história política uma espécie de acontecimento para o qual a noção de fundação é decisiva”, e tais “acontecimentos são ‘as revoluções da idade moderna.’”

Arendt sustentava que

“as revoluções da época moderna parecem gigantescas tentativas de reparar essas fundações, de renovar o fio rompido da tradição e de restaurar, mediante a fundação de novos organismos políticos, aquilo que durante tantos séculos conferiu aos negócios humanos certa medida de dignidade e grandeza”. (2009, p. 185).

Mas ela mesma ressaltava que mesmo as revoluções, por “terem malogrado, terminando ou em restauração ou em tirania”, se tornaram meios de salvação inapropriados. Ela, por isso, considerava que a verdadeira autoridade não havia conseguido se restabelecer “em lugar nenhum” (2009, pp. 185-6).

Uma reconstrução dos esparsos elementos indicados por **Arendt**, compilados no parágrafo acima, mostra o que, para a notável teórica política, se aproximaria de um conceito de autoridade, que claramente ela reputa algo positivo: **(i)** exigência de legitimidade, que se fundava na própria hierarquia; **(ii)** uma obediência na qual os homens retêm sua liberdade; **(iii)** incompatibilidade com a coerção, com a violência, e com a persuasão; **(iv)** repúdio a uma funcionalização do conceito (nem tudo o que faz as pessoas obedecerem é autoridade); **(v)** necessidade de fundamentação da autoridade na noção de fundação.

Hans-Georg Gadamer, um dos mais influentes e longevos filósofos do século XX, também buscava, no pós-guerra, como resalta **Fornero**, “uma reabilitação filosófica do conceito de autoridade, afirmando que ela não implica necessariamente obediência cega ou abdicação sistêmica à razão ou à liberdade” (2007, p. 115). Em sua obra magna, *Verdade e Método*, **Gadamer** verberava contra os ataques iluministas à tradição e à autoridade; segundo ele, tradição e autoridade realmente não devem ser seguidas por mera questão de fé ou de prestígio, nem servir para afastar o julgamento da razão (isto seria fonte de preconceitos), mas também, por outro lado, elas não podem ser afastadas pelo mero fato de constituírem tradição e autoridade (não se exclui que tradição e autoridade também sejam uma fonte de verdade). Foi isto, segundo **Gadamer**, que o Iluminismo deixou de ver, quando denegriu toda autoridade (2004 [1960], p. 280). **Gadamer** ainda afirma que, além de desacreditar a

⁶⁶ “Enquanto todos os modelos, protótipos e exemplos de relações autoritárias — tais como o político enquanto médico, como perito, como piloto, como o mestre que sabe, como educador e como sábio —, todos de origem grega, foram fielmente preservados e posteriormente articulados até se tornarem chavões ociosos, a única experiência política que trouxe a autoridade como vocábulo, conceito e realidade à nossa história — a experiência romana da fundação — parece ter sido completamente esquecida” (2009, pp. 180-1).

autoridade, o Iluminismo distorceu o próprio conceito de autoridade. Na concepção iluminista, o conceito de autoridade poderia ser visto como diametralmente oposto à razão e à liberdade: poderia ser, de fato, obediência cega. Este é o significado que, segundo **Gadamer**, nós encontramos na linguagem crítica às modernas ditaduras; mas esta não é a essência da autoridade (ou seja, autoridade não é obediência cega) (2004 [1960], pp. 280-1).

Diz **Gadamer** que a autoridade é primariamente detida pelas pessoas e não se baseia em sujeição e em abdicação da razão, mas em um “ato de reconhecimento e conhecimento”. A autoridade se baseia em reconhecimento e, portanto, em um ato da razão em si, o qual, consciente de suas próprias limitações, confia ao melhor insight de outros. Autoridade, neste sentido, propriamente entendido, nada tem a ver com obediência cega a comandos. É verdade que autoridade implica a capacidade de comandar e de ser obedecido, mas isto procede apenas da autoridade que uma pessoa tem (2004 [1960], p. 281).

Autoridade — continua **Gadamer** — não pode, de fato, ser outorgada, mas é conquistada por merecimento. Até a autoridade anônima e impessoal de um superior que deriva de seu cargo não é, em última análise, baseada na sua hierarquia, mas no que a torna possível. Aqui também sua verdadeira base é um ato de liberdade e razão que concede autoridade a um superior fundamentalmente porque ele tem uma visão mais larga das coisas ou está mais bem informado — i.e., de novo, porque ele sabe mais. Assim, reconhecer autoridade, para **Gadamer**, está sempre conectado com a idéia de que o que a autoridade diz não é irracional e arbitrário, mas pode, em princípio, ser descoberto como sendo verdadeiro (2004 [1960], p. 281). **Gadamer**, em passagem lapidar, diz que “a verdadeira autoridade não tem que ser autoritária” (2004 [1960], p. 374).

Gadamer vê relação clara entre autoridade e preconceito: ele reconhece que as pessoas que exercem autoridade podem eventualmente implantar preconceitos, que são legitimados pelas pessoas que os apresentam, e formam um conteúdo, afetando a disposição em acreditar em algo que pode ser conhecido de outros modos (p.ex., através de boas razões). **Gadamer** acredita, por isso, que “a essência da autoridade pertence ao contexto de uma teoria dos preconceitos, livre do extremismo do Iluminismo” (2004 [1960], p. 281).

Este percurso histórico dos vários conceitos de autoridade ajuda a mostrar a importância de estabelecer-se um conceito de autoridade, para que se examine as inter-relações entre autoritarismo e o poder exercido em todos os momentos do sistema penal. Não é qualquer poder estabilizado que constitui autoridade (nos sentidos de modo de exercício de poder e de poder); somente o poder legítimo pode constituir verdadeira autoridade.

Característico para a autoridade como modo de exercício de poder (em contraposição ao mero poder da “potestas”) é sua significativa aceitação pelos participantes (o direito de eleição democrática ou o direito de consentimento) (LÖBERBAUER, 2004, p. 12). Por legitimidade, entende-se que aqueles que se submetem à autoridade consentem nessa autoridade. O elemento da legitimidade é vital para a noção de autoridade e é o principal meio através do qual a autoridade se distingue do conceito mais geral de poder (GIDDENS, 2005, p. 562). “Autoridade é o poder consentido, porque se vê razoável ou porque obedece a uma regra prévia instituída” (SORIANO, 1997, p. 319).

Legitimidade e autoridade estão ligadas e são reciprocamente dependentes (LÖBERBAUER, 2004, p. 9). A autoridade depende de três níveis de legitimidade: a legitimidade originária, a legitimidade de exercício e a legitimidade participativa. A legitimidade originária se liga ao fato de que o titular do poder deve ter chegado a ele segundo os requisitos indicados pelo direito. A legitimidade de exercício se prende a que o titular do poder o exercite e tome decisões conforme os ditados do direito. E a legitimidade participativa decorre da participação real e livre dos cidadãos, num ambiente de comunicação irrestrita, nos procedimentos de tomada das decisões políticas. A autoridade consiste no exercício regular de um poder legítimo, considerando estes três níveis de legitimidade.

Autoridade, portanto, jamais pode significar obediência cega, como queriam algumas teorias que fundavam a autoridade em um ente divino. A razão, expressada por um consenso estabelecido em uma norma instituída previamente e com respeito àqueles três níveis de legitimidade, é o fundamento da autoridade. No que tange ao exercício do poder habilitado pelo direito, o fundamento da autoridade do poder, em um Estado Democrático de Direito, tem de estar na Constituição Federal, nos tratados internacionais de direitos humanos e na lei. Não parece que, ao menos no que toca ao poder político, a autoridade seja incompatível com a violência, como queria **Hannah Arendt**, desde que se trate de violência baseada naqueles três níveis de legitimidade. A persuasão também é meio válido para exercício da autoridade.

2

AUTORITARISMO E SISTEMA PENAL

Autoritarismo é um conceito sobre o qual, intuitivamente, todos temos uma idéia, ainda que vaga. Em termos simples, autoritarismo constitui sempre um abuso de autoridade, uma perversão da autoridade. Quem atua autoritariamente abusa de poder de autoridade. Se é verdade que direito e poder detêm relações estreitas, sendo impossível separá-los (cf. item 1.1.4), e se a autoridade consiste no exercício regular de um poder legítimo (cf. item 1.2), conclui-se — pela lógica mais simples — que o exercício abusivo de algum direito legítimo e o exercício de direito ilegítimo constituem expressões de autoritarismo no direito.

O autoritarismo, como exercício irregular de poder legítimo ou como exercício de poder ilegítimo, é um conceito puramente formal de autoritarismo, que deflui lógica e diretamente de nosso conceito de autoridade, mas que ainda diz muito pouco acerca do complexo fenômeno do autoritarismo. Este conceito meramente formal ainda não está apto, segundo penso, a abarcar todas as manifestações de autoritarismo, nem a demonstrar todas as imbricações entre autoritarismo e sistema penal. Neste capítulo, buscarei a examinar todos os contextos em que o conceito de autoritarismo, tem sido utilizado, na medida em que parece necessário para esclarecer em consiste o fenômeno do autoritarismo.

O conceito de autoritarismo tem sido objeto de larga pesquisa por parte da Ciência Política, da Sociologia e da Psicologia desde, pelo menos, a década de 1930, resultando em que o termo tem sido usado em variados contextos. **Löberbauer** diz que a literatura sobre o autoritarismo é complexa e que se deve tentar um modo de consideração científico para evitar o labirinto decorrente do multifário uso lingüístico cotidiano (2004, p. 6).

2.1. Contextos do uso do termo autoritarismo

Fundamentalmente, o conceito de autoritarismo tem sido tradicionalmente empregado em quatro contextos diferentes. O primeiro contexto se refere àquele a que aludi: o **autoritarismo como abuso de autoridade**; é reputada autoritária a pessoa que, detendo autoridade,abusa desse poder que lhe é conferido pelo cargo que ocupa. Importante

complementação oferece a percepção de que o abuso de autoridade pode ocorrer já no modo de constituição da autoridade. Sobre este ponto, cf. item 2.1.1, *infra*.

O segundo contexto trata do **autoritarismo como uma determinada estrutura de regime político**, que é, certamente, a noção mais difundida do termo, em se tratando de ciência política. Quando se fala em autoritarismo, a primeira idéia que vem à mente é a idéia de uma ditadura em que as liberdades e os direitos do indivíduo são gravemente cerceados. Na tipologia dos regimes políticos, são chamados de autoritários aqueles que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão, e colocando em posição secundária as instituições representativas; a oposição e a autonomia dos partidos (não governistas), dos sindicatos e de todos os grupos de pressão em geral são reduzidas à mínima expressão e as instituições destinadas a representar a autoridade de baixo para cima ou são aniquiladas ou substancialmente esvaziadas (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 94). Diz-se, em sentido mais geral, que são autoritários os regimes políticos que se contrapõem aos regimes democráticos (NAY, et al., 2008, p. 27). Nesse contexto, há candente discussão no que toca à sua diferenciação do também controvertido conceito de totalitarismo; sobre tais pontos, v. item 2.1.2, *infra*.

O terceiro contexto, também proveniente da ciência política, trata do **autoritarismo como ideologia política** (cf. item 2.1.3, *infra*). São consideradas ideologias políticas autoritárias aquelas

“que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem amiudadas vezes como virtudes alguns dos componentes da personalidade autoritária” (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 94).

O último contexto em que o termo “autoritarismo” tem sido utilizado provém da psicologia social: ele pode ser definido como **autoritarismo psicológico-social**. Tal estudo, que tem sua origem na experiência histórica da ascensão do nazismo, se ocupa das causas e das características de condutas individuais e coletivas autoritárias e de pré-disposições psicológicas relativas ao exercício autoritário de poder. Historicamente, dedicava-se a estabelecer uma etiologia e uma tipologia da personalidade autoritária⁶⁷; recentemente, a

⁶⁷ “Fala-se de personalidade autoritária quando se quer denotar um tipo de personalidade formada por diversos traços característicos centrados no acoplamento de suas atitudes estreitamente ligadas entre si: de uma parte, a disposição à obediência preocupada com os superiores, incluindo, por vezes, o obséquio e a adulação para com todos aqueles que

literatura tem procurado desvincular-se do conceito de personalidade autoritária, falando em “dinâmica autoritária” ou “reação autoritária”, sinalizando, corretamente, que condutas autoritárias não estão vinculadas a certas tipologias de personalidade, podendo acometer qualquer pessoa. Cf. item 2.1.4, *infra*.

É razoável que exista uma certa congruência entre eles: por exemplo, uma pessoa com propensões autoritárias sentir-se-á provavelmente à vontade numa estrutura de poder autoritária, achará provavelmente genial uma ideologia autoritária e pode tender a abusar do poder que tenha; mas isto não significa que os quatro aspectos do autoritarismo estejam sempre e necessariamente presentes ao mesmo tempo (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 95). É unânime a opinião de que ideologias autoritárias e autoritarismos psicológico-sociais estão presentes mesmo em regimes políticos não-autoritários (STENNER, 2005, p. 1); e, evidentemente, regimes altamente autoritários não impedem permanentemente o florescimento de ideologias democráticas, muito menos de pessoas desprovidas de propensões autoritárias.

A consideração articulada dos diversos contextos em que tradicionalmente o termo autoritarismo tem sido empregado — como se fará adiante — não significa, de modo algum, que não haja interpenetração entre esses diversos contextos (ao contrário, normalmente há!). É intuitivo que estas modalidades de autoritarismo se comunicam e se retroalimentam. Tal metodologia, todavia, é importante para organizar a complexidade do tema, para indicar a origem contextual das discussões e das questões ligadas ao autoritarismo, e para, principalmente, para demonstrar a possibilidade de existência de autoritarismo mesmo no seio de regimes políticos não-autoritários.

2.1.1. Autoritarismo como abuso na constituição ou no exercício do poder de autoridade

O estudo do percurso histórico, das várias acepções e visões dos conceitos de poder e de autoridade, e de suas inter-relações, tem importância vital para a compreensão do autoritarismo neste primeiro contexto. O primeiro aporte que o estudo do percurso histórico permite é o de que somente a partir do momento em que são impostos limites à autoridade — i.e, a partir do Iluminismo — é que se torna possível falar em autoritarismo. Ora, se a autoridade se confunde com poder, se encontra fundamentação em fontes axiomáticas

detêm o poder; de outra parte, a disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e em geral todos aqueles que não têm poder e autoridade” (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 94).

irrefutáveis (tais como a religião, tradição etc.), e é concebida em termos ilimitados, não seria possível falar em abuso de autoridade.

Quando se fala em abuso de autoridade, pensa-se normalmente na hipótese de um funcionário público (um policial ou um juiz, p.ex.) que extrapola os limites de sua autoridade. A própria lei de abuso de autoridade criminaliza apenas casos de exercício abusivo do poder de autoridade (cf. arts. 3.º e 4.º, da lei 4.898, de 09.12.1965). Esta dimensão do abuso de autoridade é clara e dispensa maiores comentários. Mas o autoritarismo, neste contexto, não se configura apenas por um exercício abusivo da autoridade.

Também pode haver abuso no processo de constituição ou de atribuição do poder de autoridade; ou seja, o modo de atribuição, a uma pessoa (p.ex., a dotação de poder político a alguém) ou a uma instituição (p.ex., a criação de uma lei, que sempre cria, extingue e, de qualquer modo, influencia relações de poder), do poder de autoridade pode se realizar de tal maneira que essa “autoridade” seja, ab initio, uma manifestação clara de autoritarismo. Essa faceta do autoritarismo como abuso na constituição do poder de autoridade é muito pouco frisada, mas é de fundamental importância. O autoritarismo não pode ser compreendido, em toda a sua extensão, sem esta consideração.

Diversas considerações evidenciam essa faceta do autoritarismo como abuso na constituição do poder de autoridade. A distinção entre auctoritas e potestas, que remonta ao direito romano, e é lembrada por **Arendt** e por **Agamben**, mostra que as autoridades são constituídas pelos detentores do real poder. Também a demonstrar que o autoritarismo pode consistir em um modo de atribuição do poder de autoridade está o fato de que, quando se trata de regimes políticos, uma das características essenciais dos regimes autoritários é o fato de terem sido instituídos por vias antidemocráticas. Aportes da psicologia do autoritarismo, a que faremos referência no item 2.1.4, mostram também que a constituição da autoridade é um processo psicológico de atribuição, que, se condicionado por elementos antidemocráticos, redundará em autoritarismo.

O abuso na constituição do poder de autoridade pode se manifestar de várias formas. Primeiramente, a exclusão arbitrária, do processo de formação do poder de autoridade, de determinadas parcelas da sociedade constitui claro autoritarismo. Assim, por exemplo, a denegação às mulheres ou aos analfabetos do direito de votar, como ocorria até as primeiras décadas do século XX, constituía claro fator de contaminação da legitimidade da atribuição do poder de autoridade política. Em segundo lugar, para que possa se atribuir poder de autoridade (ou seja, poder realmente legítimo), estruturas de comunicação não distorcidas

devem poder se expressar no processo de constituição dessa autoridade: só assim que se produz poder legítimo; a distorção pode ser dar manifestamente ou por sub-reptícia violência estrutural, bloqueando aquelas comunicações pelas quais são formadas e transmitidas as convicções efetivas para a legitimação (HABERMAS, 1986, p. 79 e 88). Em comunicações sistematicamente restringidas, os envolvidos formam convicções subjetivamente livres de constrangimento, convicções essas que são, entretanto, ilusórias. Eles assim geram comunicativamente um poder que, assim que tenha sido institucionalizado, também pode ser usado também contra eles (HABERMAS, 1986, p. 88). Em terceiro lugar, as constituições de poder que se realizem a partir de mentiras ou de ficções claramente refutáveis também maculam a legitimidade de atribuição do poder de autoridade. Em quarto lugar, é inteiramente ilegítima a criação, como frequentemente ocorre na prática (e como permite **Parsons**), de demandas de poder por parte do próprio detentor de poder; a autoridade só pode ser legitimamente gerada a partir do povo, que é o detentor legítimo do poder.

Nas tramas do autoritarismo como abuso de autoridade, os fios do modo de constituição da autoridade e do seu exercício estão inextricavelmente enredados. Para que não haja autoritarismo no sentido desse primeiro contexto, a autoridade tem de ter sido constituída e tem que exercer-se legitimamente.

2.1.2. Autoritarismo como regime político

A questão da classificação de regimes políticos é uma tarefa muito longe de ser fácil e tem estado no âmago dos estudos sociais e políticos desde a sua origem (LINZ, 2000, p. 50), não havendo ainda, todavia, consenso quanto às categorias, e aos respectivos elementos internos. **Giovanni Sartori**, ao rever o uso de tradicionais termos políticos (como totalitarismo, autoritarismo, ditadura, despotismo e absolutismo), ressalta que é muito comum buscar-se a definição a partir da oposição com a democracia (i.e., por elementos negativos), mas grande dificuldade permanece na definição de regimes não-democráticos (i.e., por elementos positivos) (LINZ, 2000, p. 51).

Juan José Linz sustenta que o conceito de autoritarismo, como regime político, deve ser obtido a partir de contrastes com o totalitarismo e com a democracia (2000, p. 159). Tem razão **Galbraith** quando diz que não há necessariamente, entre os regimes totalitários, autoritários e democráticos, uma diferença de tipo de poder exercido (ou seja, não há necessariamente, em essência, distinção entre os poderes ali exercidos), mas apenas uma

diferença de graduação no exercício do poder; a importância de escandir o poder em seus componentes anatômicos (fontes de poder, instrumentos de poder, etc.) está precisamente em tornar claro que a diferença entre a democracia, o autoritarismo e o totalitarismo pode ser apenas de grau (1983, p. 36).

É profundamente controvertida a admissibilidade do totalitarismo como categoria de regime político. Muitos autores a rejeitam, com razão, pelas grandes dificuldades de definição conceitual do totalitarismo e, conseqüentemente, de distinção com outros regimes não-democráticos, e pelas consideráveis distorções ideológicas a que, historicamente, tem se sujeito a atribuição de totalitarismo, principalmente no contexto da Guerra Fria. Pode-se dizer, todavia, que tradicionalmente o regime político de **Hitler** tem sido, juntamente com o regime político de **Stálin**, enquadrado como um regime totalitário. Nessa medida, é bastante útil examinar em que consistiria o fenômeno do totalitarismo e como ele se articularia com o autoritarismo.

2.1.2.1. Autoritarismo e totalitarismo

Embora normalmente vinculado pela literatura política ao nazismo, o termo totalitarismo tem sua origem na Itália fascista, tendo sido primeiramente empregado a partir do início da década de 1920, por opositores ao regime de **Mussolini**; provavelmente **Giovanni Amendola**, em artigos no jornal *Il Mondo*, publicados em maio e junho de 1923, teria sido o primeiro a usar o termo “totalitário”, para, criticando o uso da força em eleições que constituíam um simulacro monopolizado pelo partido de **Mussolini**, dizer que se instaurava um “sistema totalitário”, com “promessa de domínio absoluto”. E **Lelio Basso** teria sido o primeiro a usar o termo “totalitarismo” (FORTI, 2008, p. 36 e 38). Os fascistas, todavia, se apropriam do termo, entendendo que ele expressa muito bem sua tenaz vontade de oposição à liberal democracia; com isso, **Giovanni Gentile** e o próprio **Benito Mussolini** usariam subseqüentemente o termo (STOPPINO, *Totalitarismo*, 1999, p. 1247).

Na Alemanha nazista, embora alguns teóricos, no início dos anos 1930, já falassem em “Estado total” (**Carl Schmitt**, já em 1931⁶⁸), preferiu-se, de início, falar em “Estado

⁶⁸ Essa expressão aparece, em Schmitt, em *Die Wendung zum Totalen Staat* (O câmbio para o Estado total) e em *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição), ambas de 1931.

autoritário”(FORTI, 2008, p. 44).⁶⁹ Com a ascensão de **Hitler** ao poder, passa-se a usar mais o termo “total” ou “totalitário”: **Goebbels** definiria a chegada do nazismo como uma “revolução total”, e o próprio **Hitler** usaria, em seus discursos, os termos “autoritário”, “total” e “totalitário”(FORTI, 2008, pp. 48-9). **Ernst Jünger** falaria em “mobilização total” (em 1934) e o **General Ludendorff** em “guerra total” (em 1935) (LINZ, 2000, p. 51).

Naquele momento, o termo totalitarismo designava ditaduras monopartidárias, e foi nesse sentido que **George H. Sabine** o empregou, em 1934, na *Encyclopedia of social sciences* (STOPPINO, *Totalitarismo*, 1999, p. 1247). Em 1940, **Carl H. Hayes** descreveu, ainda sem grande elaboração, como características originais do governo totalitário: (i) a monopolização de todos os poderes no seio da sociedade, (ii) a necessidade de gerar um sustentação de massa; e (iii) o recurso a modernas técnicas de propaganda (STOPPINO, *Totalitarismo*, 1999, p. 1248). Somente nos anos 1950 é que surgiram teorias mais elaboradas sobre o totalitarismo, concebidas, de um lado, por **Hannah Arendt** (*The origins of totalitarianism*, surgido em 1951) e, de outro, por **Carl Joachim Friedrich** e **Zbigniew Brzezinski** (*Totalitarian dictatorship and autocracy*, de 1956).

Para **Hannah Arendt**, o totalitarismo é um regime político essencialmente inovador (2006, p. 512), diferindo de todas as outras formas de opressão política. O totalitarismo – diz ela – seria encontrado apenas na Alemanha de **Hitler** e na Rússia de **Stálin**, e se caracteriza pela presença concomitante dos seguintes aspectos:

(i) um regime político centrado na figura do chefe, infalível, líder das massas e do partido (2006, p. 398), e cuja morte desfaz o movimento totalitário (2006, p. 356). O líder representa o movimento de um modo único; toda ordem emana supostamente dessa única fonte onipresente de vontade (2006, p. 424)⁷⁰, e ele é a origem, o depositário e o único intérprete autorizado da ideologia do governo totalitário;⁷¹

⁶⁹ No direito penal, isto também se verifica: muitos escritos de penalistas nazistas no início dos anos 1930 referiam-se claramente a “direito penal autoritário” (e não totalitário); p.ex.: DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Ed. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; VON GEMMINGEN, H. D. Freiherr, “Liberales oder autoritäres Strafrecht?”, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, volume XXVI, ed. Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1932/1933, p. 497-510; e GÜNTHER, Albert Erich, “Liberale oder autoritäre Strafrechtsreform”, in *Was wir vom Nationalsozialismus erwarten*, ed. Eugen Salzer, Heilbronn, 1932, p. 100-107.

⁷⁰ **Arendt** ressalta, tratando especificamente do nazismo, que “já ficou provado, por meio de numerosos documentos, que era o próprio **Hitler** – e não **Himmler**, nem **Bormann**, nem **Goebbels** – quem sempre tomava a iniciativa das medidas realmente radicais; que essas medidas eram sempre mais radicais do que aquelas propostas por seus seguidores imediatos; que até mesmo **Himmler** ficou horrorizado quando recebeu a incumbência da solução final da questão judaica” (2006, p. 425).

⁷¹ **Arendt** lembra que “é o desejo do Fuehrer, dinâmico e sempre em movimento [...] que é a lei suprema num Estado totalitário” (2006, p. 414), contudo, “seria grave erro interpretar os líderes totalitários em termos da categoria de **Max Weber** de ‘liderança carismática’; pois [...] “não foi o sucesso passageiro da demagogia que conquista a massa, mas a

(ii) no governo totalitário, o partido, e há apenas um, é a organização política central e tem uma importância maior do que o próprio Estado. Liderado pelo chefe, é no partido (e não no Estado) que se encontra o verdadeiro poder político, embora tal circunstância seja freqüentemente disfarçada, de modo a que o cidadão comum não tenha clara consciência dessa transferência de poder; em todo o caso, havendo conflito, o partido se sobrepõe ao próprio Estado (2006, p. 445). A relação entre Estado e partido é uma relação entre uma autoridade aparente e outra real, de modo que muitos descrevem a máquina governamental do regime totalitário como fachada importante, a esconder e disfarçar o verdadeiro centro do poder (2006, p. 445). O governo totalitário cria, dentro do partido, uma série de departamentos (correspondentes a órgãos do Estado), e é daqueles que emana o verdadeiro poder (2006, p. 421). Aliás, o movimento totalitário busca, a todo o modo, evitar que as instituições revolucionárias sejam absorvidas pelo Estado, procura manter as diferenças essenciais entre o Estado e o movimento (2006, p. 469). A organização totalitária é sempre fluída, permitindo o dinamismo da criação de novas camadas e transferências de poderes e de competência; a história do partido nazista, p. ex., pode ser narrada em termos de novas formações dentro do movimento (2006, pp. 417-8). Ademais, a única regra segura num Estado totalitário é que, quanto mais visível é uma agência governamental, menos poder ela detém; e, quanto menos se sabe da existência de uma instituição, mais poderosa ela é. O verdadeiro poder começa onde o segredo começa (2006, p. 453);

(iii) no governo totalitário, o partido e o Estado pretendem ocupar todos os espaços de organização social. Pretende-se eliminar a linha de separação entre o Estado e a sociedade, e para isto o governo totalitário cria diversas associações (de médicos, de advogados, de operários, etc.) para substituir as existentes associações civis, que são simplesmente extintas ou esvaziadas. Qualquer grupo organizado na sociedade não-totalitária parece constituir uma ameaça de destruir o movimento; cada um deles requer um instrumento específico de destruição, e o movimento totalitário tem que penetrar, como pólipos, em todas as posições de poder (2006, p. 421). Também na família o governo totalitário pretende se imiscuir⁷²;

(iv) essa organização totalitária tem, como outra face da moeda, a propaganda totalitária (2006, p. 414), que é usada maciçamente, pelo partido, para doutrinar as massas a aceitar e a viver de acordo com a ideologia do movimento totalitário, muito embora o verdadeiro

realidade palpável e a força da organização viva” (2006, p. 411). Seriam inoperantes as mentiras do líder sem a divisão organizacional do movimento (2006, p. 433)

⁷² Essa diferenciação de autoritarismo e de totalitarismo com base na penetração do Estado na sociedade é bastante comum, e é repetida, aqui no Brasil, por **Boris Fausto**(2001a, p. 8)

objetivo da propaganda totalitária não seja precisamente a persuasão, mas sim a organização (2006, p. 411). Os líderes totalitários buscam, com obstinada determinação, entre as ideologias existentes, os elementos que mais se prestam como fundamentos para a criação de um mundo inteiramente fictício, capaz de competir com o mundo real (2006, p. 411); por isso, duvidar da validade da ideologia totalitária era colocar em dúvida a própria existência do mundo (2006, p. 412). A propaganda aperfeiçoou o cientificismo ideológico e a técnica de afirmações proféticas: do ponto de vista demagógico, a melhor maneira de evitar discussão é tornar o argumento independente de verificação no presente e afirmar que só o futuro lhe revelará os méritos (2006, p. 395). Em verdade, a propaganda totalitária, que divulga numa crença fanática a ideologia totalitária, é parte integrante da guerra psicológica (2006, p. 393).

(v) a outra parte integrante da guerra psicológica, e até mais importante, é o terror totalitário, que teve destacada relevância no nazismo (2006, p. 393). O terror totalitário é exercido primordialmente pela polícia secreta, que atua acima do Estado e por trás das fachadas do poder ostensivo; ali está o núcleo do poder de inflição do terror (2006, p. 470). O chefe de polícia, num país totalitário, ocupa o cargo mais poderoso (2006, p. 455), logo abaixo do líder, com o qual confidencia, sabendo qual política será adotada. O dever da polícia secreta não é descobrir crimes, mas estar à disposição quando o governo decide aprisionar ou liquidar certa categoria da população (2006, p. 476). Os campos de concentração são, por outro lado, as instituições que mais caracterizam o terror totalitário e, conseqüentemente, o próprio governo totalitário (2006, p. 491).

(vi) característica também importante do movimento totalitário é a criação de objetivos permanentemente válidos, que permitam uma perene reinvenção. No bolchevismo, falava-se em “revolução permanente”, enquanto que no nazismo encontramos a noção de uma “seleção [racial] que não pode parar”, e que exige constante radicalização dos critérios pelos quais é feita a seleção, isto é, o extermínio dos ineptos.⁷³ O líder totalitário tem que evitar, a qualquer preço, que a normalização atinja um ponto em que poderia surgir um novo modo de vida (2006, p. 441).

(vii) os governos totalitários são governos de massa (2006, p. 373). As massas são organizações maciças de pessoas atomizadas e isoladas, que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa

⁷³ **Arendt** dizia que os primeiros a serem eliminados eram os judeus puro-sangue, seguidos dos meio-judeus e um-quarto-judeus; em outra área, os primeiros a serem incluídos eram os loucos, seguidos dos portadores de doenças incuráveis e, depois, das famílias em que surgisse algum doente incurável. A seleção que não pode ser detida não o foi nem sequer diante dos membros da SS. (2006, p. 441).

organização baseada em interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras ou politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto (2006, p. 361).

(viii) o objetivo essencial do totalitarismo, para **Hannah Arendt**, é a transformação da natureza humana, reduzindo os homens a autômatos absolutamente obedientes. Apenas no totalitarismo o governo busca o domínio total sobre o indivíduo, não se limitando a destruir as capacidades políticas do homem, isolando-o em relação à vida pública; ao contrário, “tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas do homem, tornando-o assim estranho ao mundo e privando-o até de seu próprio eu” (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, pp. 1248-9).

Carl Joachim Friedrich e **Zbigniew Kazimierz Brzezinski** concordam com **Hannah Arendt** quanto à novidade dessa forma de dominação política e caracterizam o totalitarismo a partir de aspectos bastante semelhantes: (i) uma ideologia oficial que diz respeito a todos os aspectos da atividade e da existência do homem e que todos os membros devem abraçar — essa ideologia é caracteristicamente focada e projetada na direção de um estado final perfeito da humanidade, i.e., um reclamo messiânico baseado na rejeição radical da sociedade existente e na conquista do mundo para a nova sociedade; (ii) um partido único de massa, dirigido por um ditador, e hierarquicamente estruturado de forma rígida; (iii) um sistema de terrorismo policial, que apóia e controla o partido e se dirige não apenas a inimigos plausíveis do regime, mas também a classes da população arbitrariamente escolhidas; (iv) monopólio, na mão do partido, de todos os meios de comunicação de massa; (v) monopólio, na mão do partido e baseado na tecnologia moderna, de todos os meios de luta armada; (vi) um controle e uma direção central de toda a economia, através da coordenação burocrática das unidades produtivas (FRIEDRICH & BRZEZINSKI, 1956, pp. 9-10).

Friedrich e **Brzezinski**, todavia, não reconhecem nenhum objetivo essencial ao totalitarismo, nem colocam ênfase na personalização do poder totalitário e no papel crucial do chefe, que detém, em suas mãos, os meandros da ideologia, do terror e de toda a organização totalitária. **Friedrich** e **Brzezinski** estendem a outros regimes políticos concretos a qualificação de totalitários: além do nazismo de **Hitler** e do comunismo de **Stálin**, seriam igualmente totalitários o fascismo italiano e o comunismo chinês e do Leste Europeu (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1249).

Essas teorias, bem mais elaboradas, de totalitarismo conduziram a candentes discussões. Muitos autores passaram a sustentar que regimes políticos mais antigos (anteriores ao século XX) também seriam totalitários. **Franz Neumann** considerava totalitários o regime espartano e o império romano dos tempos de Diocleciano (244-311); e **Karl Wittfogel** e **Barrington Moore Jr.** buscavam lobrigar características totalitárias no despotismo oriental. **Mario Stoppino** rechaçava, com razão, essas buscas por antecedentes históricos, asseverando que nesses precedentes estavam claramente ausentes a penetração e a mobilização total da sociedade, que distinguem o totalitarismo e que somente condições sociais particulares realizadas no mundo contemporâneo (sociedade industrial de massa, persistência de uma arena mundial dividida⁷⁴, e desenvolvimento da tecnologia moderna) conseguiram obter (1999, pp. 1251-2).

Os critérios algo subjetivos e os limites incertos do conceito de totalitarismo levariam, rapidamente, à fundada crítica de que o conceito de totalitarismo seria funcionalizado como instrumento de retórica e de discurso político, para etiquetamento de regimes políticos que se quisesse desacreditar. Embora evidentemente **Hannah Arendt**, **Carl Joachim Friedrich** e **Zbigniew Kazimierz Brzezinski** estivessem cientes das profundas diversidades ideológicas⁷⁵, sociais⁷⁶ e econômicas entre o nazismo e o comunismo (e pode-se dizer até diametralmente opostas), a equiparação em termos de sistema de dominação política foi profundamente explorada, para usos ideológicos, no contexto da Guerra Fria.

⁷⁴ Como bem diz **Stoppino**, uma arena mundial dividida é insegura e ameaçadora (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1252), o que já indicia o papel do medo na criação e no fomento de ideologias não-democráticas.

⁷⁵ **Stoppino** bem demonstrava essas diferenças ideológicas: **i)** comunismo é um conjunto de princípios, coerente e elaborado, que descreve e orienta para uma transformação total da estrutura econômico-social da comunidade; a ideologia fascista, que se constituiu na mais radical versão nazista, é um conjunto de idéias ou de mitos, bem menos coerente e elaborado, que não prevê nem orienta para uma transformação total da estrutura econômico-social da comunidade; **ii)** a ideologia comunista é humanística, racionalista e universalista: seu ponto de partida é o homem e sua razão; é por isso que ela assume a forma de um credo universal que abrange todo o gênero humano. A ideologia fascista é organicista, irracionalista e anti-universalista: seu ponto de partida é a raça, concebida como uma entidade absolutamente superior ao homem individual. Ela toma, por isso, a forma de um credo racista, que trata com desprezo, como uma fábula, a idéia ética de unidade do gênero humano; **iii)** a ideologia comunista pressupõe a bondade e a perfectibilidade do homem e tem em mira a instauração de uma situação social de plena igualdade e liberdade: neste quadro, a ditadura do proletariado, e a violência são simples instrumentos, necessários, mas temporários, para alcançar o escopo final; a ideologia fascista pressupõe a corrupção do homem e tem em mira a instauração do domínio absoluto de uma raça acima de todas as outras: a ditadura, o Führerprinzip e a violência são princípios de governo permanentes, indispensáveis para manter sujeitas e para liquidar as raças inferiores; **iv)** a ideologia comunista é revolucionária: apresenta-se como herdeira dos ideais da Revolução Francesa, aos quais pretende dar um efetivo conteúdo econômico e social com uma revolução profunda da estrutura da sociedade; a ideologia fascista é reacionária: ela é herdeira das tendências mais extremas do pensamento contra-revolucionário do século XIX, em seus componentes irracionalistas, racistas e radicalmente antidemocráticos, e em certos aspectos, como os mitos teutônicos, o juramento pessoal perante o chefe, a ênfase dada à honra, o sangue e a terra, voltam-se para o passado até uma ordem pré-burguesa (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1252)

⁷⁶ Em termos de base social, **Stoppino** também indica, com acuidade, importantes diferenças: o comunismo tem como base de sustentação originária as classes proletárias, enquanto que o nazismo é primeiramente apoiado pela classe pequeno-burguesa, à qual logo se junta, por medo do comunismo, a finança e o apoio dos grandes financeiros e dos grandes industriais; o comunismo debela a classe dirigente, enquanto que o nazismo a mantém fascismo a mantém (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1253).

De um lado, os países capitalistas, especialmente os Estados Unidos da América, buscavam atribuir a condição de totalitário ao comunismo em geral (e não apenas o regime político sob **Stálin**); de outro, marxistas e outros opositores a regimes de extrema direita buscavam dizer que todo e qualquer regime fascista seria um regime totalitário (isto ocorreu, p.ex., na Espanha franquista, onde os opositores ao regime nunca renunciaram a etiquetá-lo totalitário, por sentir que isto dava uma maior legitimidade moral à sua oposição (LINZ, 2000, p. 3)). Como bem diz **Stoppino**, “o conceito de totalitarismo não pode se aplicar a todos os regimes comunistas nem a todos os regimes fascistas” (1999, p. 1258). Depois de **Stálin**, “o regime soviético permanece uma ditadura monopartidária, que recorre amplamente a meios coercitivos; mas o dinamismo específico do terror totalitário é uma lembrança do passado” (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1255). Igualmente, nem todos os regimes fascistas lograram “a penetração e a mobilização total do corpo social com a destruição de toda linha estável de distinção entre o aparelho político e a sociedade” (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1258), que são características do totalitarismo.

É ainda bastante forte a discussão acerca da validade e da conveniência do conceito de totalitarismo. **Stoppino**, concordando com **Arendt** quanto à circunscrição do totalitarismo à Alemanha hitlerista e à Rússia stalinista, advoga a manutenção do conceito, pois, embora lhe reconheça “um valor muito limitado na análise comparada dos sistemas políticos”, constituiu “modo extremo de fazer política, que penetra e mobiliza uma sociedade inteira ao mesmo tempo em que lhe destrói a autonomia” e “denota uma experiência política real, nova e de grande relevo que deixou uma marca indelével na história e na consciência dos homens do século XX” (STOPPINO, Totalitarismo, 1999, p. 1259).

As críticas ao conceito de totalitarismo também se ligam a estudos de historiadores que buscaram demonstrar que, mesmo nos regimes supostamente totalitários, não havia, em verdade, uma dominação total, pois “os grupos e os indivíduos, vítimas dos poderes totalitários, implementaram mecanismos para proteger sua autonomia social, intelectual e espiritual” (NAY, et al., 2008, p. 537). Muitos historiadores também criticam o fato de que filosofia política transformou o totalitarismo em um “conceito metafísico”, pois transfigurava a peculiaridade histórica e política desses regimes, fazendo com que desvanecessem em uma espécie de categoria do espírito na qual desapareciam as características concretas (p.ex., do nazismo ou do stalinismo), além de compararem realidades políticas, em seu entender, incomparáveis (FORTI, 2008, p. 10). Como bem diz **Forti**, a questão do totalitarismo segue oscilando entre a banalização e o rechaço; ademais, muitas questões sobre o totalitarismo

estão em aberto, tais como: que experiências históricas podem se considerar totalitárias (alguma posterior a 1945?), e inclusive se chega a discutir a partir de quando a Alemanha hitlerista teria se tornado totalitária (a partir de 1933, 1935 ou 1938?) (2008, pp. 29-30).

Além das dificuldades relacionadas com o conceito teórico de totalitarismo e com sua transposição para a realidade prática, muitas são as dificuldades relativas à distinção entre autoritarismo e totalitarismo. As semelhanças entre eles são admitidas por todos os filósofos políticos que se debruçaram sobre o tema e, em regra, se referem ao caráter não democrático: não há uma competição regularmente livre pelo poder, que surja com espontaneidade maior ou menor da sociedade (LINZ, 2000, p. 267).

A própria **Hannah Arendt** reconhecia as similitudes entre o totalitarismo e outros regimes despóticos, pois ambos “dependem muito da polícia secreta e sentem-se muito mais ameaçados por seu próprio povo do que por qualquer povo estrangeiro”, mas ela sustentava, para diferenciar o totalitarismo, que

“essa analogia só se verifica nos primeiros estágios do governo totalitário, quando ainda existe oposição política. No totalitarismo, mesmo depois que toda a oposição política foi extinta, os serviços secretos continuam a ser ampliados (mesmo não havendo mais oponentes a vigiar)” (2006, p. 471).

A partir daí, continua **Arendt**, é que aparece a pretensão de domínio total e que o terror se torna o verdadeiro conteúdo dos regimes totalitários (2006, p. 472).

Arendt ainda dizia que é apenas no totalitarismo que há a introdução da categoria do “inimigo objetivo”, definido como política de governo (fixada pelo líder e executada pela polícia secreta), e não por demonstrar o desejo de derrubar o regime (2006, p. 474): na Alemanha, os judeus. Os inimigos objetivos não precisam realizar qualquer ação hostil para serem considerados inimigos do regime totalitário. A categoria “inimigo objetivo” sobrevive aos primeiros inimigos do movimento; há uma espécie de evolução, pois há que se manter um inimigo objetivo sempre: os nazistas, prevendo o extermínio dos judeus, já havia tomado providências preliminares necessárias para a liquidação do povo polonês, e **Hitler** já planejava dizimar certas categorias de alemães (2006, p. 474).

Linz, em livro específico sobre o tema, busca diferenciar totalitarismo e autoritarismo por diversos aspectos: **(i)** no autoritarismo, permaneceria uma residual estrutura pluralista, e já o totalitarismo seria sempre marcado por um monismo absoluto; **(ii)** apenas no totalitarismo haveria uma ideologia exclusiva, autônoma e mais ou menos intelectualmente elaborada (pois ele pretende realizar uma revolução de valores); já no autoritarismo, haveria uma mera

mentalidade distintiva (*distinctive mentality*), pois ele tenderia a conservar os valores e hierarquias tradicionais; **(iii)** no totalitarismo, a participação do cidadão e a mobilização ativa para tarefas sociais e políticas são encorajadas, exigidas, recompensadas e canalizadas pelo partido único ou por instituições a ele ligadas (2000, pp. 67, 70).

A diferenciação entre autoritarismo e totalitarismo estaria, diz **Stoppino**, no grau da penetração e da mobilização política da sociedade e aos instrumentos a que a elite governante especificamente recorre. No **autoritarismo**, a penetração-mobilização da sociedade é limitada: entre Estado e sociedade permanece uma linha de fronteira muito precisa: **(i)** pluralismo partidário é suprimido de direito ou de fato, mas muitos grupos de pressão mantêm grande parte de sua autonomia, e o Governo desenvolve, ao menos em parte, uma função de árbitro e encontra neles um limite para o próprio poder; **(ii)** controle da educação e da imprensa não vai além de certos limites; **(iii)** muitas vezes, é tolerada a oposição, se não for aberta e pública; **(iv)** o Governo só recorre aos instrumentos tradicionais do poder político: exército, polícia, magistratura e burocracia; e **(v)** mesmo havendo partido único, ele não assume papel crucial no que diz respeito ao exercício do poder, nem quanto à ideologia. Já no **totalitarismo**, a “penetração-mobilização da sociedade é muito alta”; “o Estado, ou melhor, o aparelho de poder, tende a absorver a sociedade inteira”: **(i)** não se suprime apenas o pluralismo partidário, mas a própria autonomia dos grupos de pressão que são absorvidos na estrutura totalitária do poder e a ela subordinados; **(ii)** o poder político governa diretamente as atividades econômicas, ou as dirige para seus próprios e exclusivos fins; **(iii)** o Governo monopoliza imprensa e instituições escolares, e suprime até manifestações críticas de pequeno porte; **(iv)** o regime autoritário procura aniquilar ou subordinar instituições religiosas, e penetra em todos os grupos sociais, até na vida familiar; **(v)** o partido do poder é sempre único, e exerce muito intensamente atividades dinâmicas de propaganda ideológica e de arregimentação (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 101).

Apesar da elaboração dos critérios, o fato é que as diferenciações terminam sendo muito esquemáticas: o próprio reconhecimento, por parte de **Linz**, quanto à existência de regimes pré-totalitários e pós-totalitários, é uma clara tentativa de lidar com uma tipologia política que é, na verdade, infensa a classificações esquemáticas. **Linz**, aliás, reconhece que os limites conceituais entre totalitarismo e autoritarismo são “difusos” (2000, p. 159), num nível muito maior do que a diferenciação entre autoritarismo e democracia.

Na verdade, as distinções entre totalitarismo e autoritarismo nunca conseguiram lidar com a variegada tipologia de regimes políticos não-democráticos. Não lograram estabelecer

critérios aplicáveis à prática para demonstrar que totalitarismo e autoritarismo são duas formas qualitativamente distintas de política, nem se e como há a transição entre tais regimes autoritário e totalitário. Por isso, analisando essas distinções, **Forti** afirma que os critérios distintivos sempre terminaram por deixar em aberto questões cruciais (2008, p. 100).

Já não se considera possível propor uma separação clara e estática entre autoritarismo e totalitarismo e, ademais, mesmo esta separação tem sido apropriada para fins políticos (FORTI, 2008, pp. 102, 103). Embora, de fato, o totalitarismo tenha sido um modo tristemente inovador de autoritarismo político no que toca à terrível intensidade e à extensa capilaridade do domínio, o fato é que, em verdade, a tendência é considerar que o totalitarismo (cujo conceito é, ainda, objeto de viva discussão) é uma forma bastante agravada de autoritarismo; em suma, seria um autoritarismo total.

A demonstrar esta ligação entre autoritarismo e totalitarismo, muitos cientistas políticos contemporâneos, ao definir totalitarismo, fazem referência a autoritarismo; assim, o *Lexique de Science Politique*, escrito por **Olivier Nay** e outros, e publicado pela editora Dalloz: “sistema de dominação total, no qual o Estado concentra todos os poderes e intervém de modo autoritário no conjunto das atividades políticas, econômicas e sociais. Quando o Estado toma o controle de todos os setores da sociedade, ele se torna total” (2008, pp. 536-7). **Michael Walzer**, citado por **Forti**, mostra essa tendência perguntando: “continua sendo necessário fundamentar uma descontinuidade absoluta entre totalitarismo e regimes autoritários ou talvez tenha mais sentido conceber o totalitarismo como o nome que damos à forma mais terrível de autoritarismo?” (2008, p. 106).

Galbraith já dizia que a diferença entre autoritarismo e totalitarismo estaria em que o autoritarismo tem confiança, mais ou menos exclusiva, no poder coercitivo, enquanto que o totalitarismo usa, de forma mais abrangente, poderes coercitivo, compensatório e condicionante (1983, pp. 36-7). **Stoppino** diz que o uso demasiado amplo de totalitarismo traz consigo inconvenientes sérios, sendo “vivamente criticado”; ao contrário, o uso estrito de autoritarismo é útil e legítimo (1999, p. 100).

Não é objeto desta tese tomar posição quanto à prolongada polêmica acerca da validade, ou não, do conceito de totalitarismo.⁷⁷ Todavia, todas as críticas quanto à conceituação e ao abuso político-ideológico do termo “totalitarismo” e a difundida

⁷⁷ É interessante ver que nem mesmo **Simona Forti**, autora de um recente livro sobre o assunto, se aventura a defender ou a descartar o conceito de totalitarismo, mas tão somente explicar a trajetória do termo e do conceito (FORTI, 2008, p. 9 e 30)

impossibilidade de distinção clara com o conceito de autoritarismo indicam que, para fins desta tese, o conceito de totalitarismo deve ser usado o mínimo possível e, quando o for, sempre no sentido de uma espécie mais agravada de autoritarismo.

2.1.2.2. Autoritarismo e democracia

Os regimes políticos autoritários se distinguem dos regimes políticos democráticos pelo modo de atribuição ou de transmissão ou de repartição do poder político, e pelo grau de autonomia dos subsistemas políticos (partidos políticos, sindicatos e todos os grupos de pressão em geral); os regimes autoritários detêm, em maior ou menor medida, as seguintes características: **(i)** ausência de Parlamento e de eleições populares livres e periódicas ou, quando tais instituições existem, pelo seu caráter meramente cerimonial e pelo indiscutível domínio do Poder Executivo; **(ii)** ausência de liberdade real (ou mesmo já formal) dos subsistemas políticos; **(iii)** obstrução ou supressão da oposição política; **(iv)** proibição do pluralismo político, ou pela sua redução a mero simulacro; **(v)** destruição da autonomia dos grupos politicamente relevantes, ou por uma tolerância condicionada à não perturbação da posição de poder do chefe ou da elite governante (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 100).

Samuel P. Huntington e **Clemente H. Moore** distinguem três formas de autoritarismo político: **(i)** regimes sem partido – que correspondem habitualmente a níveis bastante baixos de mobilização social e de desenvolvimento político (a Etiópia de Hailé Selassié, p.ex.); **(ii)** regimes de partido único – que é hipótese mais comum (p.ex., a antiga União Soviética); e **(iii)** regimes pluripartidários – que é hipótese mais rara, em que diversos partidos convencionam não competir entre si, produzindo resultados funcionais muito semelhantes àqueles que encontramos no monopartidarismo (apud STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 100).

Giddens ressalta que, nos estados autoritários, ao contrário da democracia, a participação popular nas questões políticas é repudiada ou severamente restringida: “nessas sociedades, as necessidades e os interesses do Estado ganham prioridade sobre os dos cidadãos comuns, e nenhum mecanismo legal de resistência ao governo, ou para remover um líder do poder, é instituído” (2005, p. 344).

O problema da democracia é tão antigo quanto a reflexão política, tendo sido proposto e reformulado em todas as épocas (BOBBIO, Democracia, 1999, p. 320).⁷⁸ A tendência contemporânea é a de que democracia seja conceituada não só formalmente (fala-se, aqui, em democracia formal), como método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de governo e para a formação das decisões políticas, mas também substancialmente (democracia substancial), na busca de garantir certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático (BOBBIO, Democracia, 1999, p. 326 e 328), com relevo para a paridade entre as pessoas. Bem diz **Bobbio** que “segundo uma velha fórmula que considera a democracia como governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um governo do povo; a substancial é mais um governo para o povo” (1999, p. 328).

A democracia formal não se liga necessariamente a uma determinada ideologia, podendo, assim, haver, p.ex., regimes liberais democráticos e regimes sociais democráticos. Não se diz, apenas pela observância das regras democráticas, se o regime será presidencial ou parlamentar, se será bipartidário ou multipartidário. Formalmente, a democracia estabelece certas regras para o jogo político, exigindo sufrágio universal (todos os cidadãos maiores de idade, sem distinção de qualquer natureza, devem ter direito a voto livre, que deve ter peso igual), possibilidade real de alternância no poder (eleições periódicas para os cargos do governo, que não pode ser confiscado por uma só força política, nem por uma coalizão de forças), órgãos políticos máximos eleitos pelos cidadãos, pluralidade de partidos, governo da maioria sobre a minoria (respeitados os direitos das minorias), etc.

A clara insuficiência de considerar-se que um mero, ainda que importante, procedimento formal de ascensão ao poder esgotaria o conceito de democracia conduziu a uma busca, que não se pode dizer esteja concluída, por um conceito substancial de democracia. De fato, só há realmente democracia se o governo esmera em garantir, na prática, a efetividade de certos ideais, de certos valores imprescindíveis à pessoa humana.

A democracia substancial não se garante com a mera possibilidade de eleições livres e periódicas; é imprescindível que a sociedade civil como um todo possa fiscalizar o governo

⁷⁸ Na teoria da democracia, confluem três tradições históricas: a **teoria clássica** (ou aristotélica), na qual a democracia é o governo de todos que gozam de direitos de cidadania, se distinguindo da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos privilegiados; a **teoria romano-medieval**, que se apoia na soberania popular: nela, a democracia é o governo em que o poder deriva do povo e se torna representativo, em contraposição a uma teoria da soberania em que o poder deflui do príncipe e é exercido por delegação; e, por fim, a **teoria moderna** (também conhecida como teoria de **Maquiavel**), nascida com o Estado moderno: nela, a democracia seria uma forma de república, sendo a outra a aristocracia (BOBBIO, Democracia, 1999, p. 319).

(pela imprensa livre, pelo recurso ao Judiciário, etc.) e até deter instrumentos jurídicos de remover um líder do poder. A pluralidade de partidos deve realmente permitir a representação de todo o espectro de interesses e de ideologias políticas, e o pluralismo deve se estender a uma estruturação da sociedade que permita a representação da diversidade de interesses e de grupos (notadamente, pelas organizações da sociedade civil).

São citados como pilares da democracia substancial o aprofundamento do Estado de Direito, que supõe um sistema jurídico desenvolvido e estável, garantido por uma justiça independente; e a proteção dos direitos fundamentais, em particular as liberdades individuais (NAY, et al., 2008, p. 128). Nessa democratização substancial, que busca fazer a convergência entre democracia formal e democracia substancial, devem ser sempre buscados os ideais de dignidade e paridade da pessoa humana, de solução pacífica dos conflitos sociais, eliminação da violência institucional, garantia do direito de crítica, pluralismo (não meramente abstrato e retórico, mas concreto e real), tolerância (não como resignação, nem indiferença, mas como “respeito que se realiza através da aceitação do outro visto como riqueza, e não como obstáculo” [GALEAZZI, 2007, p. 278]), relatividade (não relativismo, mas sim rejeição da idéia da posse exclusiva da verdade por parte de alguém, sem renunciar à verdade, à sua busca), fraternidade etc. (BOBBIO, Democracia, 1999)(GALEAZZI, 2007, p. 278). Apenas as democracias colocam o homem como o centro e o objetivo da política; as demais o tratam como instrumento para outros objetivos (BOBBIO, apud GALEAZZI, 2007, p. 277).

Nenhum regime democrático histórico, na prática, observou todas as regras de uma democracia formal, nem conseguiu atingir plenamente todos os valores importantes para a efetivação de uma democracia substancial, sendo lícito, portanto, falar de regimes mais ou menos democráticos; ademais, não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático (BOBBIO, Democracia, 1999, p. 327). A democracia não evita o uso dos poderes coercitivo, compensatório e condicionante; todos eles são exercitados. A diferença está na combinação, nos limites aos quais os instrumentos estão sujeitos, e, em um ponto importante, à extensão à qual o Estado reserva a si o uso exclusivo do poder condicionante (GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, 1983, p. 37).

A construção da democracia substancial é tarefa cotidiana, à qual se deve dedicar atenção permanente e cuidadosa. Na medida em que a democracia se funda num vazio de poder (no sentido de que, ao contrário da monarquia, não há, na democracia, um estável

ocupante do poder, que, por definição, pode ser ocupado por qualquer um) e numa ficção democrática (a de que o povo governa), há sempre o perigo que reside no desvelamento sempre possível do vazio e da ficção democrática por algumas forças autoritárias, prometendo ocupar virilmente o lugar vazio da soberania e de entregar ao povo o poder supostamente confiscado; a história mostra como essas promessas falaciosas, mas convincentes, podem conduzir aos piores totalitarismos (CRETTEZ & ROUYER, 2010, pp. 90-91).⁷⁹

Como bem diz **Popper**, as sociedades contemporâneas não são mais sociedades fechadas (sociedades tribais ou apoiadas em conceitos mágicos); ao contrário, as sociedades contemporâneas são sociedades abertas (ou seja, aquelas em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais [2002, p. 165]). A nova fé da sociedade aberta, sua única possível fé, é o humanitarismo, que consiste na fé da razão, da liberdade e da irmandade de todos os homens (POPPER, 2002, pp. 174-5); portanto, sociedades contemporâneas, necessariamente abertas, somente podem ser governadas por democracias substanciais.

A democratização substancial é, hoje em dia, muito discutida e está em constante desenvolvimento: muito se fala hoje, por exemplo, em fortalecimento da democracia participativa (e não meramente representativa), com a realização de plebiscitos etc.(CRETTEZ & ROUYER, 2010, p. 91). Grande dificuldade está, certamente, na conciliação do pluralismo das liberdades individuais com a unidade de uma vontade coletiva: advoga-se que a solução estaria no constitucionalismo, que não seria mais separável da democracia.

A democracia não seria, portanto, apenas um regime do povo no poder, mas, também, um regime que, assegurando a soberania do povo, protege igualmente os direitos individuais garantidos pela Constituição. No plano prático, assiste-se a uma democracia continuada (**Dominique Rousseau**), na qual o poder dos cidadãos não se exerce apenas no momento das eleições, mas de modo contínuo, quando o cidadão recorre à justiça. No plano teórico, a democracia, com grandes teóricos liberais como **John Rawls**, **Ronald Dworkin** e **Bruce Ackerman**, se torna um conjunto de procedimentos que asseguram o respeito aos direitos do indivíduo e sua coexistência pacífica, garantida pelo pluralismo (CRETTEZ & ROUYER, 2010, pp. 91-92). Bem diz **Galeazzi** que, hoje em dia, “o conceito de democracia vai além da representação de forma de governo para mostrar-se como um verdadeiro estilo de vida individual e social” (2007, p. 279).

⁷⁹ **Crettiez e Rouyer** falam, em expressão demasiado forte, em mentira democrática (“mensonge démocratique”); ficção democrática, como está no texto, parece mais adequada.

2.1.3. Autoritarismo como ideologia política

Embora com fundamentos bastante diversos, as **ideologias políticas autoritárias** detêm três principais características comuns:

- (i) a de se fundar em alguma **concepção anti-igualitária** dos homens, que seria essencial à ordem social;
- (ii) a de considerar **a ordem e a segurança como bens supremos**; e
- (iii) a de valorizar o exercício do poder em **detrimento das liberdades individuais** e dos direitos humanos.

Não existe, necessariamente, uma identificação completa entre autoritarismo em termos de ideologia e autoritarismo em termos de regime político. A ideologia autoritária não se limita a defender uma organização política hierárquica; tal organização é considerada o meio para alcançar a ordem. O problema da ordem é um problema de todo sistema político (também, portanto, dos sistemas políticos democráticos), “mas o que caracteriza a ideologia autoritária, além da visão da desigualdade entre os homens, é que a ordem ocupa todo o espectro dos valores políticos” (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 96). Não é, portanto, à toa que as repartições de polícia política na ditadura militar brasileira chamavam-se DOPS (Delegacias de Ordem Política e Social).

O pensamento autoritário moderno é uma formação de reação contra a ideologia liberal e democrática, que surge com a Revolução Francesa. Na medida em que a Revolução Francesa constitui a culminância de acontecimentos e de idéias libertárias que vinham se formando ao longo do século XVIII, as ideologias autoritárias também aparecem antes de 1789, o que leva **Philippe Nemo** a dizer que “a Contra-Revolução faz sua aparição antes da Revolução” (2002, p. 1009). **Henri de Boulainvilliers**, conde de Saint-Saire (1658-1722), e **Louis de Rouvroy**, duque de Saint-Simon (1675-1755)⁸⁰, fariam parte dessa “Contra-Revolução antes da Revolução”.

Boulainvilliers, escrevendo no início do século XVIII, busca justificar a preeminência social da nobreza: os nobres seriam descendentes dos francos, e o terceiro estado (burguesia) descenderia dos gauleses, vencidos pelos francos; estes, após a vitória, tomaram-lhes as terras e reduziram-nos à servidão. Os gauleses — continua **Boulainvilliers** — teriam aceitado a

⁸⁰ Não confundir com o seu sobrinho-neto **Claude Henri de Rouvroy**, conde de Saint-Simon, fundador do socialismo.

servidão, porque eles seriam mais bem tratados por seus novos senhores francos do que por seus antigos senhores romanos; ademais, os francos garantiriam a segurança dos gauleses, e cada um estaria contente no seu papel (NEMO, 2002, pp. 1011-1013).

Louis de Rouvroy tinha a ideia fixa de entregar todo o poder político e social à nobreza de espada, declarando guerra à burguesia. **Rouvroy** era obcecado, quase patologicamente, com a questão dos rankings (em francês, rangs), pretendendo conferir todos os privilégios à nobreza: ele falava como se a saúde do mundo dependesse disso; a ordem cósmica estaria ameaçada pelo esmagamento das hierarquias. A nobreza estaria ranqueada logo abaixo do príncipe de sangue, mas junto com os príncipes estrangeiros, e isto deveria ser demonstrado por símbolos e rituais (NEMO, 2002, pp. 1014-1016).

As ideologias autoritárias seriam elaboradas, em forma doutrinária mais coerente, por **Louis de Bonald** (1754-1840) e **Joseph de Maistre** (1753-1821) – foram eles que lançaram as bases da doutrina contra-revolucionária e, como eles mesmos reconheceram, suas filosofias políticas apresentavam numerosas convergências. Ambos são considerados teocratas, pois insistem numa fundamentação religiosa, divina, da ordem social (NEMO, 2002, p. 1051).

Louis de Bonald considerava que a secularização da legislação, operada pela Revolução ao substituir os comandos de Deus, teria sido um erro fatal – a legislação revolucionária seria ilegítima. A Revolução Francesa, provocada pelos filósofos da Ilustração, seria uma desordem geral, que já havia se iniciado com a Reforma religiosa. A sociedade não seria uma instituição dos homens, mas uma instituição de Deus, governada por leis imanentes à sua criação, eternas, naturais, necessárias, que seriam as seguintes: uma estrutura ontológica trinitária (que refletiria a trindade divina; no plano social: monarquia, nobreza, povo, o que estabelecia a desigualdade), o caráter social do homem (o homem não existiria como indivíduo, mas somente por sua função social; com isso, ele negava os direitos do homem), a unidade do poder, a existência de distinções sociais permanentes, a preeminência do poder espiritual (NEMO, 2002, pp. 1053-6). A partir da obediência, ou não, a essas leis naturais, **Bonald** dividia as sociedades em sociedades constituídas (obedientes) e sociedades não constituídas (não obedientes); as sociedades não constituídas eram consideradas uma desordem. **Bonald** fundava todo o poder do rei em Deus e sustentava que a obediência dos súditos deveria ser o efeito imediato (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 96).

Joseph de Maistre sustentava que o homem deve ser educado nos dogmas e na fé (pois as coisas humanas são um encadeamento imprevisível da Providência divina), e não no exercício da razão (que ele reputava ilusório). A razão, ao contrário de fazer progredir o

saber, o desorganizaria (NEMO, 2002, p. 1069). À idéia revolucionária de progresso, ele reagia com a idéia de tradição (pois a ordem social seria uma herança consolidada da história passada); à visão de igualdade entre os homens, ele contrapõe a de inevitável desigualdade (que seria uma realidade divina); à tese da soberania popular, ele opunha que todo o poder vem de Deus; aos direitos do cidadão, ele opunha o absoluto dever de obediência do súdito (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 96). A guerra seria — para **De Maistre**— o estado habitual do gênero humano (NEMO, 2002, p. 1065). **Isaiah Berlin** diria, na introdução a uma das obras de **De Maistre**, que certamente ele foi influenciado pelo “espetáculo do Terror Jacobino”, e que “o que ele tinha a dizer é a absoluta substância do discurso anti-democrático dos nossos dias” (BERLIN, 2006, pp. xii-xiii).

O paulatino decaimento dos privilégios nobiliárquicos e a ascensão política da burguesia, bem como o crescente predomínio da razão frente à religião levariam a que o pensamento autoritário tivesse de se estruturar sobre novas bases: os postulados anti-igualitários não podiam mais se fundar em argumentos classistas, nem divinos, nem místicos. A desigualdade teria de passar a se fundar em argumentos racionais: isto levaria a que os discursos autoritários passassem a apelar a idéias raciais (que supostamente teriam um fundo científico) e a idéias nacionalistas; ambas as idéias permitiam argumentações (aparentemente) racionais no sentido da criação de comunidades desiguais, plenas de ordem e de segurança.

Até o início do século XIX, o domínio do cristianismo militava contra os piores excessos do racismo, pois a teologia ensina a irmandade universal das raças, todas descendendo de Adão e Eva (WEIKART, 2004, p. 103). A teoria da evolução das espécies de **Charles Darwin** (1809-1882), trasladada à evolução social, contribuiria enormemente para uma fundamentação científica do racismo.⁸¹ **Karl Vogt** (1817-1895), apenas cinco anos após a publicação de *A Origem das Espécies*, sustentava a inferioridade dos negros e de não-europeus. **Ernst Haeckel** (1834-1919) também sustentaria claramente a desigualdade racial: “as diferenças entre o mais elevado ser humano e o mais inferior ser humano são maiores do que aquelas entre este último e o mais elevado animal”.⁸² **Arthur de Gobineau** (1816-1882) seria, por igual, um importante defensor da desigualdade entre as raças humanas, proclamaria a superioridade da raça ariana e sustentaria que a miscigenação levaria a graus crescentes de

⁸¹ É objeto de acesa discussão se o próprio **Charles Darwin** era realmente racista, ou não, ou se foram posteriores intérpretes de sua teoria que a aplicariam à sociedade. Para indicação de várias obras que comentam o discutido racismo de **Darwin**, v. WEIKART, 2004, pp. 256, nota 3.

⁸² In *Generelle Morphologie*, vol. II, ed. Georg Reimer, Berlin, 1866, p. 435, apud WEIKART, 2004, p. 106. Muitos outros adotariam a tese da desigualdade racial, aplicando a teoria de Darwin: o filósofo e fisiologista **Ludwig Büchner** (1824-1899), o biólogo **Ernst Krause** (1839-1903), o etnólogo **Oscar Peschel** (1826-1875), etc.

degenerescência física e moral. **Houston Stewart Chamberlain** (1855-1927), que se tornaria o autor de um dos mais famosos escritos antissemitas na virada do século XIX para o século XX, diria: “nenhuma tagarelice humanitária pode afastar o fato de que a competição racial significa luta... essa luta silenciosa é, mais do que qualquer outra, uma luta por vida ou morte” (apud WEIKART, 2004, p. 124); na concepção de **Chamberlain**, os arianos eram a raça superior, que deveria dominar (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 117).

Inspirações nacionalistas, freqüentemente, mas nem sempre, aliados a elementos racistas, também levariam a ideologias profundamente autoritárias. Na época da Revolução Francesa, o conceito de nação não tinha uma conotação de fechamento, de hostilidade para com outras nações que passaria a ter mais tarde; “nacional”, no contexto revolucionário, seria tudo o que tendia a recusar o Ancien Régime, e não, ainda, uma comunidade fechada – qualquer pessoa que reconhecesse os princípios da igualdade de direitos poderia se agregar à nação, que, portanto, era uma figura do universal (NEMO, 2002, pp. 1173-4). Na França, foi apenas a partir de 1870 (com a humilhante derrota na batalha de Sedan na guerra franco-prussiana e a perda da Alsácia-Lorena) que a ideia de nação deixa de evocar abertura e universalidade; esse fechamento seria muito endurecido a partir do caso Dreyfus, em 1894 (NEMO, 2002, p. 1176). As tardias unificações da Itália (em 1861) e da Alemanha (em 1870) viriam influenciadas por ideologias nacionalistas, que, doravante, ganhariam impulso ainda maior.⁸³

Heinrich v. Treitschke (1834-1896), historiador e escritor político alemão, grande entusiasta da unificação, fundava-se em um nítido nacionalismo com alguma concessão liberal (para trazer a colaboração da burguesia), dizia que o Estado é, primariamente, força, e que o primeiro dever dos súditos é a obediência. A melhor forma de governo, para **Treitschke**, era a monarquia hereditária, porque melhor se adapta às desigualdades naturais da sociedade: o rei detém o poder, dirige seu exército e a burocracia e escolhe autonomamente seu Governo, sendo o papel do Parlamento quase consultivo; esta estrutura hierárquica mantinha, no vértice, a nobreza hereditária (“camada eminentemente política”, que tem em mãos a direção do Estado), no meio, a burguesia (circunscrita à vida cultural e material, mas alijada dos negócios públicos), e na base, a grande massa de trabalhadores braçais (sendo

⁸³ **Zygmunt Bauman** explica esta ligação recíproca entre o nacionalismo e a formação dos Estados nacionais: “as nações debutantes/aspirantes necessitavam dos poderes do Estado para se sentirem seguras, e o Estado emergente carecia do patriotismo nacional para se sentir poderoso. Um precisava do outro para sobreviver. O Estado precisava de seus súditos como patriotas da nação, prontos a sacrificar suas vidas individuais pela sobrevivência da ‘comunidade imaginada’ da nação; esta precisava de seus membros como súditos de um Estado habilitado a recrutá-los para a ‘causa nacional’ e, em caso de necessidade, forçá-los a submeter suas vidas pela imortalidade da nação” (2008, pp. 53-4)

certo que os urbanos eram vistos com suspeição, pois supostamente sensíveis à subversão) (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 97).

Elementos antisemitas impregnavam a ideologia política de **Treitschke**, que, no início do século XX, era muito influente. Ele considerava que os judeus eram um perigo para a nação: “em palavras claras, os judeus sempre foram um elemento de decomposição nacional; eles sempre ajudaram na desintegração das nações” (1916, p. 299). E sentenciava:

“eu só vejo um meio pelo qual o objetivo pode ser atingido, e é fazer assomar uma energia de orgulho nacional, tão real que se torne uma segunda natureza a repelir involuntariamente tudo que seja estranho à natureza germânica. Este princípio deve ser levado a tudo; deve ser aplicado às nossas visitas ao teatro e à sala de concertos, como também à leitura de jornais. Sempre que o alemão encontrar sua vida maculada pela imundície do judaísmo, ele deve se desviar dela e aprender a dizer duramente a verdade sobre ela” (1916, pp. 301-2).⁸⁴

Maurice Barrès (1862-1923), escritor e político francês que viveria parte da infância numa cidade ocupada pelo inimigo prussiano, seria um dos primeiros nacionalistas franceses. No início do século XX, a França — para **Barrès**— estava dissociada e descerebrada, devendo ser reunida, e isto ocorreria na medida em que todos os franceses se sentissem membros de uma comunidade única e singular, legado de uma mesma biografia. Ele entendia que as pessoas estavam enraizadas em sua nação – os desenraizados somente poderiam experimentar desgraças pessoais. Ele considerava a nação uma realidade sagrada, que podia substituir, com vantagem, o sagrado cristão, num país em parte laico (NEMO, 2002, pp. 1177-9).

Charles Maurras (1868-1952), pensador francês, teórico do *nationalisme intégral*, também era um entusiasta da ideologia autoritária: ele odeia os “bárbaros internos”, que clamavam por igualdade e liberdade, e odeia a democracia como força anárquica e destruidora; a salvação da França estaria na restauração de uma ordem que dê novo sangue vital às “belas desigualdades”; a ordem de **Maurras** é necessariamente hierárquica e encarna uma “monarquia tradicional, hereditária, antiparlamentar e descentralizada”, que tem direito à obediência incondicional dos franceses (STOPPINO, *Autoritarismo*, 1999, p. 97). Ele fundaria, por ocasião do caso **Dreyfus**, o jornal *L’Action Française*, funcionando como órgão

⁸⁴ O próprio **Treitschke** se dedicava a diminuir os judeus em todas as áreas. Por exemplo, no comércio: “os judeus deixaram de ser indispensáveis, porque as raças arianas aprenderam como lidar, por si, com suas finanças”; e nas artes: “Grande poeta como [Heinrich] Heine foi – e ele foi um dos poucos judeus que realmente conheciam a língua alemã – vemos, ao compará-lo com Goethe, ou até com [Adelbert von] Chamisso e outros, como eles eram os originais, e aquele o imitador” (1916, p. 299 – interpolação minha).

de propaganda Anti-Dreyfus e continuando, posteriormente, a ter importante ação na vida política francesa (NEMO, 2002, p. 1193).

Ideologias autoritárias costumam comparar a sociedade e o Estado com um organismo vivo. Essa analogia, evidentemente, não propicia a mobilidade social, pois, como bem exemplifica **Karl Popper**, não há tendência inerente da parte das pernas de se tornarem o cérebro (2002, p. 165). Em verdade, os pensamentos autoritários constituem, como bem indica **Popper**, uma reação à sociedade aberta (que é a sociedade na qual os homens se vêm defrontados com a necessidade de decisões pessoais), constituem uma tentativa de retorno à sociedade fechada (que é a sociedade tribal ou apoiada em elementos mágicos). A transição de sociedade fechada para sociedade aberta pode ser descrita como uma das mais profundas revoluções pelas quais a humanidade passou, e, devido ao caráter biológico da sociedade fechada, ela deve ter sido muito sentida (POPPER, 2002, p. 167).

Foi nessa transição da sociedade fechada para sociedade aberta que a tensão, o mal-estar da civilização começaria a ser sentido. Na sociedade fechada, o indivíduo era membro de uma tribo ou de uma comunidade na qual cada um tinha e sabia o seu lugar, e vivia sob a influência de elementos mágicos. O credo da sociedade fechada é o de que a tribo (ou a comunidade) é tudo e o indivíduo não é nada (POPPER, 2002, p. 180). A tensão, ainda sentida, de viver numa sociedade aberta é o esforço demandado pelo desafio de ser racional, de renunciar a, ao menos, algumas de nossas necessidades sociais emocionais, de cuidar de nós mesmos, e de aceitar responsabilidades (POPPER, 2002, p. 168). A sociedade fechada não conhece essa tensão; nela, os lugares sociais são naturais e inquestionáveis. Com a ruptura da sociedade fechada, essa certeza desaparece e, com ela, o sentimento de segurança (POPPER, 2002, p. 168).

Todas as ideologias autoritárias buscam criar, a partir de fundamentos anti-igualitários, uma comunidade privilegiada (uma renovada sociedade fechada), que deveria ser protegida contra aqueles que dela não fazem parte e que ameaçam esta ordem vista, seja por fundamentos religiosos, místicos, biológicos, raciais etc., como natural; é uma tentativa, como se verá à frente, sempre frustrada de obter a segurança perdida.

2.1.4. Autoritarismo psicológico-social⁸⁵

⁸⁵ Alguns autores (p.ex., **Anthony Pereira**), claramente se referindo ao autoritarismo psicológico-social, chamam-no autoritarismo social.

Às tradicionais acepções estritamente políticas juntar-se-ia, precisamente a partir do fenômeno da ascensão do fascismo e do nazismo, mais um contexto de emprego do termo autoritarismo: fala-se em autoritarismo para designar certas **pré-disposições individuais, fundadas em circunstâncias psicológicas, psicanalíticas, cognitivas ou decorrentes do processo de socialização, a adotar e a aceitar atitudes autoritárias no exercício do poder.** O que se busca, nesse contexto, é examinar quais seriam as características psicológicas do autoritarismo, bem como quais seriam as causas que concorreriam para que certos indivíduos detivessem tais características.

Desde o início da década de 1930 até os dias atuais, tal questão tem sido estudada por inúmeros psiquiatras, psicólogos, filósofos e cientistas políticos na busca da caracterização e da etiologia da psicologia do autoritarismo. Tradicionalmente, os autores que se dedicaram ao tema da psicologia do autoritarismo buscaram definir o que caracterizaria a chamada “personalidade autoritária”. Nessa caracterização, muitos autores se encaminham precipuamente à explicação de que a personalidade autoritária seria causada por fatores psicanalíticos, radicados em síndromes psicológicas adquiridas na infância, principalmente no relacionamento com os pais (assim, p.ex., **Erich Fromm** e **Theodor Adorno**); posteriormente, outros autores tenderam a buscar explicações cognitivas, decorrentes de modos de cognição e de concepção da realidade existentes em determinada cultura ou subcultura (assim, p.ex., **Milton Rokeach**, e **Hetherington** e **Weiler**); já outros autores entendem que a personalidade autoritária é produto de um processo de aprendizado do indivíduo através do processo de socialização, correspondendo de forma mais ou menos realística às efetivas condições de vida de seu ambiente social (assim, p.ex., **Robert Altemeyer** e **Detlef Österreich**).

Atualmente, embora não se possa dizer que a busca pela caracterização da personalidade autoritária tenha terminado, a tendência é reconhecer que a psicologia autoritária não está, de modo algum, vinculada a específicas personalidades autoritárias, sendo possível também em personalidades não-autoritárias, em situações específicas extremas ou de crise (OESTERREICH, 1996, p. 14).

A tendência a uma só linha de explicação (psicanalítica ou cognitiva ou de processo de socialização) da psicologia autoritária jamais significou, todavia, que os demais fatores tenham sido desprezados; ao contrário, todos os autores que trataram do autoritarismo sob a vertente psicológica admitem, em alguma medida, a co-determinação ligada a fatores que, em sua respectiva teoria, reputam menos importantes.

Na vertente predominantemente psicológica-psicanalítica, **Erich Fromm**, um dos pioneiros deste tipo de estudo, dizia claramente, em sua clássica obra *Escape from Freedom*, publicada em 1941, que a personalidade autoritária representa a estrutura de personalidade que é a base humana do fascismo (1994, p. 162). Considerava **Fromm** que aspirações sadomasoquistas, que existiriam, em graus variáveis, em pessoas neuróticas e em pessoas normais, levavam ao desejo de dominação e de submissão, para livrar-se da liberdade do eu individual. Como o termo sado-masoquista é associado a idéias de perversão e neurose, **Fromm** preferia falar, especialmente quando se referia a pessoas normais, em caráter autoritário:

“esta terminologia é justificável porque a pessoa sado-masoquista é sempre caracterizada por sua atitude frente à autoridade. Ela admira autoridade e tende a se submeter a ela, mas, ao mesmo tempo, quer ser, ele mesmo, uma autoridade e quer que outros se submetam a ele” (1994, p. 162).

Fromm dizia que, embora essas aspirações sadomasoquistas sejam comuns, só se pode considerar certos indivíduos e grupos sociais como tipicamente sadomasoquistas. Haveria, todavia, uma forma mais leve de dependência à autoridade que seria muito geral em nossa cultura, só estando ausente em casos excepcionais. Dizia **Fromm**:

“Refiro-me ao tipo de pessoas cuja vida está, de um modo sutil, relacionada a algum poder exterior a elas; não há nada que elas façam, sintam ou pensem que não esteja, de algum modo, relacionado com esse poder. Elas esperam proteção dele, desejam ser cuidadas por ele, torná-lo responsável pelo que quer que possa ser o destino de suas próprias ações. Frequentemente o fato dessa dependência é algo de que a pessoa não está, de todo, consciente” (1994, p. 172).

Essas pessoas têm a necessidade de um “ajudante mágico” (literalmente, “magic helper”, diz **Fromm**), que pode ser concebido como Deus, como um princípio, ou como pessoas reais. Essa necessidade de estar relacionado a um tal símbolo de autoridade não é causado, para **Fromm**, pela continuação da original atração sexual por um dos pais (como cria **Freud**, com o complexo de Édipo), mas pela frustração da expansividade e a espontaneidade da criança e pela conseqüente ansiedade (1994, p. 176). **Fromm** concluía que, “em sentido psicológico, a vontade de poder não tem raízes na força, mas, sim, na fraqueza. É a expressão da inabilidade do eu individual de ficar só e viver. É a tentativa desesperada de ganhar força secundária onde falta força genuína” (1994, p. 160); ou seja, pessoas com tendências a abusar de poder (i.e., com tendências autoritárias) são, em verdade, pessoas fracas.

É indubitável, todavia, que, nessa vertente predominantemente psicológica-psicanalítica (com importantes temperamentos), o texto fundamental é a pesquisa monumental de **Theodor W. Adorno, Else Frenkel-Brunswik, Daniel J. Levinson e R. Nevitt Sanford**, publicada em 1950 (*The Authoritarian Personality*), também chamada “pesquisa de Berkeley”.⁸⁶ Esta pesquisa tem em mira descrever o indivíduo potencialmente fascista, cuja estrutura de personalidade é tal que o torna particularmente sensível à propaganda antidemocrática. O antissemitismo, que era o tema inicial da pesquisa, seria um aspecto de uma ideologia mais complexa caracterizada, entre outras coisas, pelo conservadorismo político-econômico, pela visão etnocêntrica e, mais em geral, pela estrutura autoritária da personalidade. Depois de criarem escalas de medição de antissemitismo e de etnocentrismo, **Adorno** e seus colaboradores “desenvolveram um plano para construir uma escala de medição de preconceito sem parecer que tivesse esse objetivo e sem mencionar o nome de qualquer minoria”; o objetivo era medir preconceito (“prejudice”) e tendências antidemocráticas implícitas (1969, p. 222).

Após extensas pesquisas de campo, que consistiriam na formulação de questionários a grupos de pessoas, os pesquisadores de Berkeley chegaram a uma escala (a que eles chamaram F-scale [fascist scale]) que supostamente mediria o nível de tendências fascistas (ou antidemocráticas) de uma determinada pessoa. O grau de tendência autoritária seria diretamente proporcional à adequação da pessoa aos itens da F-scale. Em sua versão final, a F-scale tinha os seguintes nove itens (1969, pp. 255-257)⁸⁷: **(i) convencionalismo**: adesão rígida a valores convencionais da classe média; **(ii) submissão autoritária**: atitude acrítica e submissa perante autoridades morais idealizadas de dentro do grupo; **(iii) agressão autoritária**: tendência de estar a observar, a condenar, a reprovar e a punir pessoas que violam valores convencionais; **(iv) anti-intracção**.⁸⁸ oposição ao subjetivo, ao imaginativo e ao sensível; **(v) superstição e estereótipo**: a crença em determinantes místicas do destino do indivíduo e a disposição de pensar em categorias rígidas; **(vi) poder e dureza**.⁸⁹ preocupação com a dimensão dominação-submissão, forte-fraco, líder-seguidor; identificação com figuras de poder; ênfase excessiva em atributos convencionados do ego; e assertividade exagerada da

⁸⁶ Essa pesquisa é, inúmeras vezes, referida, na literatura especializada, como a pesquisa de Berkeley, e **Adorno** e seus colaboradores como os pesquisadores de Berkeley. Eventualmente, serão assim referidos aqui também.

⁸⁷ A F-scale está publicada, em alemão, em ADORNO, *Studien zum autoritären Charakter*, 1995, pp. 81-84. Haja vista dificuldades de tradução de certos termos, cotejei, por vezes, as duas versões.

⁸⁸ Em inglês, o termo usado foi “anti-intracception” e, em alemão, “anti-intrazeption”. Nenhum destes termos apresenta tradução literal possível para a língua portuguesa; de fato, não existe o termo anti-intracção, nem intracção.

⁸⁹ Aqui, emprego dureza, que parece exprimir melhor a idéia que os termos toughness (na versão americana) e “Robustheit” (na versão alemã, onde consta entre aspas).

força e da dureza; **(vii)** destrutividade e cinismo: hostilidade generalizada, e vilificação do ser humano; **(viii)** projetividade: tendência a crer que coisas selvagens e perigosas acontecem no mundo, e projeção para o exterior de impulsos emocionais inconscientes; **(ix)** sexualidade: preocupação exagerada com acontecimentos relacionados a sexo.

A personalidade autoritária é descrita, por **Adorno** e seus colaboradores, como um conjunto de traços característicos inter-relacionados; cruciais são as chamadas “submissão” e “agressão” autoritárias: de uma parte, a crença cega na autoridade e a obediência voltada para os superiores e, de outra, o desprezo pelos inferiores e a disposição em atacar as pessoas débeis e que socialmente são aceitáveis como vítimas. Outros traços relevantes são a aguda sensibilidade pelo poder, a rigidez e o conformismo. A personalidade autoritária tende a pensar em termos de poder, a reagir com grande intensidade a todos os aspectos da realidade que tocam, efetivamente ou na imaginação, as relações de domínio. Intolerante para com a ambigüidade, a personalidade autoritária refugia-se numa ordem estruturada de modo elementar e inflexível e faz uso marcado de estereótipos, tanto no pensamento quanto no comportamento. Particularmente sensível a influências externas e tende a aceitar supinamente todos os valores convencionais do grupo social a que pertence (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 98).

Adorno e seus colaboradores concluem, a partir de suas extensas pesquisas e entrevistas, que “a tentativa de construir uma escala que iria medir o preconceito sem parecer ter este objetivo e sem mencionar o nome de qualquer grupo de minoria parece ter sido razoavelmente exitoso”(1969, p. 279), e que a personalidade autoritária (ou personalidade preconceituosa) se origina na relação hierárquica e opressiva entre pais e filhos. Essa personalidade autoritária tenderia a levar a atitudes orientadas pelo poder, culminando em um apego desesperado por tudo que pareça forte e por uma desdenhosa rejeição àquilo que pareça fraco. Tal personalidade, que de modo algum poderia ser vista como um tipo absoluto (pois há muitos fatores dinâmicos e relativizantes), tenderia a concepções dicotômicas das relações sociais, manifestada especialmente na formação de estereótipos e de divisões de grupos-dentro e grupos-fora. Convencionalidade, rigidez e negação repressiva seriam outras características de mesmo padrão de personalidade(1969, p. 971). O autoritarismo seria, portanto, um traço da personalidade, resultante de uma repressão de hostilidade frente à autoridade parental e seu deslocamento para grupos marginalizados na sociedade.

É impositivo, todavia, frisar que os pesquisadores de Berkeley, embora tenham caracterizado a personalidade autoritária, não sustentam que o autoritarismo, em nível

pessoal, seria exclusiva e necessariamente determinado por fatores psicológicos; muito ao contrário. Eles frisam que “suas descobertas estão limitadas estritamente aos aspectos psicológicos do problema mais geral do preconceito”, e que há fatores históricos e sociais, fora do escopo da pesquisa, operando na nossa sociedade para promover ou diminuir o preconceito (1969, p. 972). As sugestões de contra-medidas, que **Adorno** e seus colaboradores fazem, no sentido da ênfase do entendimento de fenômenos como estereotipia, frieza emocional, identificação com o poder, e destrutividade em geral, mostram a aceitação da possibilidade de redução do autoritarismo (1969, p. 973).⁹⁰

Desde a pesquisa de Berkeley, inúmeros trabalhos foram escritos sobre autoritarismo em sua acepção psicológica.⁹¹ Foram várias as críticas à pesquisa de Berkeley, desde aquelas de cunho metodológico (que impugnavam as proposições-tese, supostamente muito ligadas a posições políticas de esquerda) até críticas de fundo. Embora, como se viu, **Adorno** e seus colaboradores frisassem a possibilidade de condicionamento social e histórico do autoritarismo, a maior crítica de fundo era a base exclusivamente psicanalítica da interpretação da personalidade autoritária; diz-se que uma interpretação mais completa deste tipo de personalidade requereria uma consideração exaustiva do ambiente social, das diversas situações e dos diversos grupos que podem influenciar tal personalidade. Muitos fatores que, à primeira vista, apareceriam como fatores da personalidade podem revelar-se, após uma análise mais cuidada, como efeito de específicas condições sociais (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 99).

A F-Scale também foi criticada por enfatizar muito as personalidades de direita, e não o suficiente em sua contra-parte de autoritarismo de esquerda (OWEN & WAGNER, 2008, p. 31). Em estudo de 1954, **Edward Shils** diria que os pesquisadores de Berkeley pareciam crer que pessoas que atingissem níveis baixos na F-scale seriam democratas completos, e que a F-scale seria inadequada porque comunistas também se opunham ao fascismo mas não eram democratas completos; **Shils**, assim, proporia que autoritarismo deveria ser concebido de

⁹⁰ **Adorno** ainda frisa que “parece óbvio que a modificação de estruturas potencialmente fascistas não podem ser conseguidos apenas por meios psicológicos. A tarefa é comparável a eliminar a neurose, ou a delinquência, ou o nacionalismo do mundo. Estes são produtos da total organização da sociedade e só podem ser mudados na medida em que esta sociedade mude. Não cabe ao psicólogo dizer como tais mudanças devem ser realizadas. O problema requer os esforços de todos os cientistas sociais. Tudo em que insistimos é que, nos congressos e nas mesas redondas em que o problema é discutido e ação é planejada, o psicólogo deveria ter uma voz. Nós acreditamos que o entendimento científico da sociedade deve incluir um entendimento do que ela faz ao povo, e que é possível haver reformas sociais, até largas, radicais e em si corretas, que, todavia, não mudariam a estrutura da personalidade preconceituosa” (1969, p. 975).

⁹¹ Em 1974, **David Hanson** já havia listado 533 teses de doutorado que, de alguma forma, discutiam o autoritarismo nesta acepção (1996, p. 191).

modo a contemplar também a extrema esquerda do espectro político (ALTEMEYER, 1996, p. 191).

A partir das críticas à pesquisa de Berkeley, foi se formando uma tendência de explicação da formação da personalidade autoritária: o **autoritarismo predominantemente psicológico-cognitivo**; para esta, os traços da personalidade autoritária se baseiam predominantemente em certas concepções da realidade existentes em determinada cultura ou subcultura. Essas concepções são aprendidas pelo indivíduo através do processo de socialização e correspondem de forma mais ou menos realística às efetivas condições de vida de seu ambiente social (STOPPINO, Autoritarismo, 1999, p. 99).

Essa nova orientação do conceito, no sentido de uma explicação predominantemente psicológica-cognitiva, se inicia em 1960 com o psicólogo social **Milton Rokeach**, que pretendia caracterizar as características gerais comuns a todas as formas de autoritarismo. **Rokeach** tenta, com a ajuda de uma abordagem psicológico-cognitiva, descrever o autoritarismo (na sua terminologia, dogmatismo) como forma de organização, como modo de vinculação das ideias; de acordo com sua teoria, os indivíduos se dividem de acordo com a abertura ou o fechamento de seus sistemas cognitivos, que os fazem diversamente permeáveis a informações e a cognições de dados a eles estranhos (1960, p. 235).⁹²

O tipo do dogmático – para **Rokeach** – é representado por um sistema de cognição fechado, que dificulta a recepção de novas informações e que não toma em consideração ou repele outros modos de estruturação ou padrões de pensamento. O grau de abertura ou fechamento do sistema cognitivo se determina pela atuação antagônica e oposta de dois motivos fundamentais: primeiro, a necessidade de saber e de colher informações e, segundo, a necessidade de repelir aspectos ameaçadores da realidade. Na medida em que a necessidade cognitiva de saber de colher informações supera a necessidade de repelir aspectos ameaçadores, estamos diante de sistemas cognitivos abertos; ao contrário, se a necessidade de repelir aspectos ameaçadores prevalece, estaremos diante de sistemas cognitivos fechados (1960, p. 67). Na medida em que alguém se sinta ameaçado (ou com medo), tenderá a fechar seu sistema de cognição (1960, p. 68). Preconceitos e discriminações sociais seriam, portanto, decorrentes de disparidades em sistemas de cognição individuais.

⁹² **Hetherington e Weiler**, cientistas políticos americanos, escrevendo na primeira década do século XXI, filiam-se à corrente predominantemente cognitiva, também afirmam expressamente que o autoritarismo está umbilicalmente ligado à visão de mundo. O autoritarismo é uma decorrência da diversidade de estilos de cognição do mundo (2009, p. 3).

Pessoas com sistemas cognitivos fechados, também recebem informações novas, mas em nível reduzido, somente tendendo a ver uma parcela menor do mundo; todavia, **Rokeach** não descarta que sistemas bastante fechados de cognição tenham ligação com mecanismos de defesa psicanalítica:

“quanto mais fechados os sistemas de crença e descrença, mais concebemos que ele represente, em sua totalidade, uma rede hermeticamente tecida de defesas cognitivas contra a ansiedade. Tais mecanismos psicanalíticos de defesa, como repressão, racionalização, negação, projeção, formação de reação e superidentificação pode todos ser vistos como representados no sistema de crença e descrença, pela forma de alguma crença ou pela forma de alguma relação estrutural entre crenças.” (1960, p. 69ss).

Österreich considera que esta teoria de um antagonismo entre as necessidades de informação e de repulsa de informações ameaçadoras é mais clara do que concepção psicanalítica unilateralmente fixada na autoridade parental e em mecanismos de repressão sexual (1996, p. 69).

No centro da teoria de autoritarismo de **Rokeach** (na sua terminologia, dogmatismo) não estão conteúdos determinados, como preconceitos ou idéias gerais, mas a estrutura, o modo pelo qual tais idéias se relacionam, como elas se organizam cognitivamente. Para ele, mesmo que uma pessoa creia na democracia, pode ser autoritária pela maneira que defende suas crenças, intolerante com os discordantes e fechado em seu modo de pensar e de crer; a discrepância entre o que é dito e a maneira como é dita é a discrepância entre conteúdo e estrutura (1960, p. 14ss).

Rokeach também chega a propor uma escala de dogmatismo (chamada D-scale), que consistiria em um questionário de vinte perguntas (1960, p. 71ss), que mediria o grau de fechamento ou abertura do sistema cognitivo e, portanto, o grau de dogmatismo (que é o termo de **Rokeach** para autoritarismo). No questionário, medir-se a capacidade de uma pessoa de mudar de opinião, devendo o entrevistado responder em cinco níveis (strongly disagree, disagree, sometimes agree, agree e strongly agree); para cada resposta são atribuídos valores (de 1 a 5); quanto mais próximo de 100, mais autoritário ou dogmático (ou com sistema cognitivo mais fechado) e quanto mais próximo de 20, menos autoritário ou dogmático (ou com sistema cognitivo mais aberto).

Embora a D-scale tenha diminuído a tendenciosidade ideológica da F-scale, não a eliminou, pois, como bem diz **Österreich**, as perguntas sempre têm um conteúdo que pode ser reconduzido pelo entrevistado, ainda que inconscientemente, a questões ideológicas. Muitas críticas à D-scale se referem à incapacidade de apreensão de estruturas psíquicas através de

questionários, pois tais estruturas podem ser empiricamente independentes de idéias determinadas(1996, p. 68).

Tal como **Rokeach, Glenn D. Wilson**, psiquiatra inglês, apresentaria, em 1973, uma denominação alternativa: conservadorismo (“conservantism”). Na sua concepção, tal termo (conservadorismo ou conservador) não teria o tom pejorativo inerente aos termos anteriores (autoritário, ou fascista, ou dogmático), sendo mais bem aceito(1973, p. 4). **Wilson** defendia que o conservadorismo podia defluir de causas de natureza diversa, que, antes de se excluírem, muitas vezes se sobrepunham: “resistência à mudança”, “preferência por estar seguro e evitar riscos”, “uma diferença entre a idade real e a idade mental”, e “a internalização de proibições parentais” (1973, pp. 13-15). O grau de conservadorismo seria medido por vários critérios cumulativos (que **Wilson** chama de C-scale): **(i)** fundamentalismo religioso; **(ii)** política pró-establishment; **(iii)** insistência em regras e punições rígidas; **(iv)** militarismo; **(v)** etnocentrismo e intolerância frente a grupos minoritários; **(vi)** preferência pelo convencional, em artes, vestuário, instituições, etc.; **(vii)** visão anti-hedonística e restrição de comportamento sexual; **(viii)** oposição ao progresso científico; e **(ix)**superstição (1973, pp. 5-9).

Na corrente que busca explicar o autoritarismo psicológico a partir de um processo de socialização, encontram-se **Detlef Österreich** (escrevendo a partir de 1974) e **Robert Altemeyer** (escrevendo a partir de 1981). **Österreich** diz, claramente, que a personalidade autoritária decorre de um processo de socialização não totalmente exitoso, que leva o indivíduo a uma fuga em direção a instâncias de poder que oferecem segurança (1996, p. 180). O processo de socialização se inicia a partir da infância; neste momento, quando as crianças se sentem inseguras, procuram os pais em busca de segurança. Se o indivíduo, ao tender e chegar à idade adulta, não completa adequadamente o processo de socialização, que impõe que ele se torne autônomo e resolva sozinho seus problemas, terá mais propensão a, em situações estruturais ou conjunturais de medo e de insegurança emocional, a apelar a instâncias de poder que pareçam lhe oferecer segurança. O indivíduo espera que essas instâncias possam, por causa de seu maior poder, resolver seus problemas e, com isso, acabar com seu medo e insegurança; tais instâncias se tornam, portanto, autoridades para o indivíduo(1996, p. 108). Na medida em que estas instâncias de poder conferem segurança, ainda que apenas subjetiva, o indivíduo que não completou seu processo de socialização e quer proteção, ainda que apenas subjetiva, pode desenvolver uma personalidade autoritária.

Robert Altemeyer também considera que a melhor explicação para o autoritarismo psicológico estaria em um processo social de aprendizado. Ele afirma que as atitudes são forjadas por reforços e punições ministradas pelos pais e por outras pessoas, ao longo da vida, e também pela observação das experiências de outros (1996, p. 78). **Altemeyer** considera, ainda, haver evidências que apontam para uma variação de autoritarismo ao longo da vida (1996, p. 92), e que o autoritarismo que ele chamava de direita (right-wing authoritarianism) dependia da co-variação de três atitudes em uma pessoa: **(i) submissão autoritária** – um alto grau de submissão às autoridades que são percebidas como estabelecidas e legítimas em que se vive; **(ii) agressão autoritária** – uma agressividade geral, dirigida contra várias pessoas, que é percebida como sendo sancionada por autoridades estabelecidas; **(iii) convencionalismo** – um alto grau de adesão a convenções sociais que são percebidas como sendo endossadas pela sociedade e por suas autoridades estabelecidas (1996, p. 6); esses critérios levam à RWA-scale.

Contribuição importante à compreensão do autoritarismo psicológico-social seria dada por **Stanley Milgram**, da Universidade Yale, que, claramente inspirado no caso **Eichmann** (o qual, como se sabe, se defendia sob o argumento de ser mero cumpridor de ordens), conduziria, no início da década de 1960, um experimento para aferir o grau de obediência à autoridade em situações de conflito moral. Voluntários recrutados pelo jornal seriam instados a atuar no papel de “professores”, ensinando lições simples a “alunos” (que, claro, também eram do time de pesquisadores), sendo incentivados e, em seguida, comandados a, se os “alunos” errassem as respostas (e evidentemente erravam de propósito), dar supostos choques elétricos (só reais para os próprios voluntários) de intensidade crescente nos “alunos”, até um nível (450 volts) que teoricamente poderia matá-los. Evidentemente, o voluntário, embora crescentemente instado a dar os choques, podia abandonar a atividade a qualquer tempo.

O objetivo do experimento era ver quando os voluntários iriam desafiar os comandos e parar de dar choques nos “alunos”. O experimento, que levantou inúmeros questionamentos éticos, chegaria ao resultado surpreendente de que a resposta típica dos voluntários (em cerca de 65%) foi, embora em alguns dos casos sob protestos, a de chegar a ministrar o choque final de 450 volts. **Milgram** mostrava, com isso, que o homem comum, sob ordens, podia ser o portador de ordens autoritárias; ou seja, não é necessário deter uma personalidade autoritária para atuar autoritariamente. Concluía **Milgram** que o problema da obediência cega à autoridade acontece não apenas no estado autoritário, mas também no estado democrático (1974, p. 179).

Todas as investigações sobre a psicologia do autoritarismo, embora busquem determinar em que consistiria a “personalidade autoritária” e até medir o grau de autoritarismo (ou o dogmatismo ou o conservadorismo), reconhecem que a conduta autoritária pode partir inclusive de personalidades não autoritárias. Este experimento de **Milgram** ajudaria a demonstrar que a conduta autoritária não está necessariamente vinculada a uma patológica “personalidade autoritária”. Pessoas “normais” também podem, em situações extremas ou de crise, apresentar características psicológicas autoritárias e, certamente, agir autoritariamente.

Ante esta constatação, muitos autores recentes simplesmente abandonaram, com razão, a pretensão de caracterizar uma personalidade autoritária e de criar escalas (tais como F-scale, D-scale, C-scale e RWA-scale) para medir o grau de autoritarismo. Após apresentar detalhada exposição do percurso histórico da psicologia do autoritarismo, **Detlef Österreich**, embora não descarte o conceito de “personalidade autoritária”, afirma o equívoco de concentrar-se na busca por um tal conceito, pois

“a presença de uma personalidade autoritária não é necessária para produzir uma conduta autoritária em uma situação específica”; e ele diz ainda: “quando as pessoas se sentem inseguras, elas agem autoritariamente, ao realizar as ordens de autoridades ou por se orientar pelo que as maiorias sociais fazem”, e “essa observação vale não apenas para personalidades autoritárias, mas também em situações de forte insegurança em não-autoritários”(1996, p. 107).

Karen Stenner, outra importante pesquisadora do autoritarismo, da Universidade Princeton, também renuncia a se concentrar em uma “personalidade autoritária”, conceituando o autoritarismo psicológico simplesmente como uma “predisposição à intolerância”(2005, p. 2).

Até hoje, não há unanimidade quanto aos fatores etiológicos do autoritarismo psicológico-social⁹³, e a tendência é no sentido de uma solução de compromisso. **Stoppino** diz que as explicações da personalidade autoritária não se excluem entre si: numerosas pesquisas empíricas parecem mostrar que em certas situações ou em certas classes sociais se encontram muitos dos fatos mencionados pela teoria de que o autoritarismo decorre de um processo de cognição; de outro lado, em outras situações e em outras classes sociais, a interpretação psicanalítica mantém uma maior eficácia explicativa (1999, p. 99).

Para fins desta tese, que busca estudar apenas as características e os potenciais efeitos do autoritarismo, é plenamente cabível declarar-se agnóstico quanto às causas do

⁹³ **Österreich**, em 1996, estimava em mais de dois mil os trabalhos sobre autoritarismo (1996, p. 12).

autoritarismo psicológico-social, tal como fazem, por exemplo, **Hetherington** e **Weiler** ao estudarem as conseqüências do autoritarismo na política norte-americana (2009, p. 35 e 36: “não nos cabe resolver este quebra-cabeças, porque estamos apenas discutindo os efeitos do autoritarismo”). De fato, ainda que as causas do autoritarismo psicológico-social sejam ainda objeto de acesa discussão, as características e os potenciais efeitos desse autoritarismo têm sido bem descritos pela literatura especializada.

Talvez um dos poucos pontos de unanimidade quanto à etiologia do autoritarismo psicológico-social, mesmo nas teorias predominantemente psicanalíticas, seja o de que o **medo** é uma de suas causas primordiais (OESTERREICH, 1996, p. 141).⁹⁴ Considerando que a propensão ao autoritarismo psicológico-social não é algo estático (ao contrário, as pessoas podem variar e normalmente variam, sua tendência ao autoritarismo), o sentimento de **medo** tem influência determinante no grau de autoritarismo demonstrado por determinada pessoa. O terror no prospecto do caos pode levar a um desejo de controle rígido, aumentando a probabilidade de autoridade se tornar autoritarismo; quanto mais o caos parece nos ameaçar, mais rígidos nós podemos nos tornar (HENDERSON, 1990-1991, pp. 388-9).

Fromm, na perspectiva predominantemente psicanalítica, entendia que as pessoas cediam ao autoritarismo como um mecanismo para fugir às inseguranças e às fraquezas individuais. Este curso de fuga seria caracterizado por seu caráter compulsivo, como toda fuga de um pânico ameaçador, e seria também caracterizado por uma mais ou menos completa entrega da individualidade e da integridade do ser; não seria, portanto, uma solução que levaria à felicidade e à liberdade positiva (ou seja, à expressão genuína de suas capacidades emocionais, sensuais e intelectuais), mas sim um fenômeno neurótico (1994, pp. 139-140). Seria uma tendência a desistir da própria independência, para adquirir, pela fusão com alguém ou algo fora de si mesmo, a força que falta ao eu individual (1994, p. 140). **Rokeach** (1960, p. 68) dizia claramente que se alguém se sentia ameaçado, seu sistema de cognição tendia a se fechar, tornando-se mais dogmático. E **Wilson** elencava, entre as causas de “conservadorismo”, a “preferência por estar seguro e evitar riscos” (1973, p. 14).

Hannah Arendt falava em um gigantesco poder de coerção pelo medo (2009, p. 177); enquanto **Renato Rosaldo** dizia que “a visão do caos que seguiria ao colapso da ordem sócio-cultural induz um sentimento de pânico” (1993, p. 100). O medo é um sentimento tão poderoso, do ponto de vista de moldar idéias e determinar ações, que leva as pessoas a agirem

⁹⁴ **Altemeyer** também diria que “parece provável que medos violentos sociais afetam o nível de autoritarismo em um país” (ALTEMEYER, 1996, p. 92).

contra os seus próprios interesses. **Österreich** chega a dizer que a teoria do autoritarismo provê uma explicação das motivações que levam os homens a agir contra os seus próprios interesses; no núcleo, ela é, diz ele, uma teoria da conduta humana irracional (1996, p. 11). Ainda a demonstrar a intrínseca relação entre medo e pré-disposição psicológica quanto ao poder, **Bertrand Russell**, ao criticar a teoria de **Nietzsche** sobre a “vontade de poder”, diria que “nunca ocorreu a Nietzsche que a vontade de poder, com a qual ele dota o seu super-homem, é, em si, uma consequência do medo. Aqueles que não temem os seus vizinhos não vêem a necessidade de exercer uma tirania sobre eles” (1967, p. 767).

Relativa convergência existe, ao longo da história das investigações sobre o autoritarismo nesta vertente psicológica, seja qual for a abordagem predominante (psicanalítica, cognitiva ou de processo de aprendizado), quanto à fenomenologia do autoritarismo psicológico. Ou seja, quer de fundo psicanalítico, quer de fundo cognitivo, quer decorrente de aprendizagem social, as teorias sobre autoritarismo psicológico são razoavelmente concordes quanto às manifestações fenomênicas (OESTERREICH, 1996, p. 67).

Em linhas gerais, o autoritarismo psicológico-social distinguir-se-ia por tendências psíquicas às seguintes características: **(i)** concepções maniqueístas e arraigadas do mundo; **(ii)** criação, a partir de um valor de identidade, de grupos dentro e fora; **(iii)** maior necessidade de ordem e de segurança; **(iv)** prontidão de submissão e obediência à autoridade, conformidade e apego à tradição e a normas convencionais; **(v)** privilégio à autoridade, em detrimento do indivíduo, **(vi)** propensão à intolerância e até à hostilidade; **(vii)** tendência à seletividade; e **(viii)** tendência a raciocinar por preconceitos e por estereótipos.

No que toca à tendência a **concepções maniqueístas e arraigadas do mundo (item i)**, pode-se dizer, na alegoria usada por **Hetherington e Weiler**, que algumas pessoas vêem o mundo em termos de “preto e branco”, enquanto outras têm maior conforto com ambíguos tons de “cinza” (2009, p. 3). Pessoas com tendências autoritárias propendem a encarar o mundo em termos de antagonismo entre o bem e o mal. **Österreich** também lembra que uma das aceitações fundamentais de todas as teorias do autoritarismo é a de que personalidades autoritárias teriam opiniões especialmente rígidas, às quais se apegam duramente (1996, p. 155). **Rokeach** mostrou isto plasticamente em seu conceito de “closed-mindedness”: uma repulsa a informações estranhas ao indivíduo e que a ele pareçam ameaçadoras; portanto, mais dificuldades de mudar de opinião.

A segunda característica (**item ii**), claramente ligada à primeira, da pessoa com tendência autoritária é a de que faça **distinções mais fortes** do que a média quanto a **grupos dentro** (aqueles com os quais se identifica) e **grupos fora** (aqueles que percebe como desafiadores) (HETHERINGTON & WEILER, 2009, p. 3 e 4). O critério de distinção é, por vezes, muito diverso (questões raciais, religiosas, étnicas, sociais, políticas, econômicas etc.), mas o traço fundamental é precisamente o de que há esta distinção de grupos dentro e grupos fora.⁹⁵ O grupo dentro aparece como a “verdadeira comunidade”, concebida a partir de algum valor de identidade (racial, religioso, etc.) que possa galvanizar a união fechada entre seus membros; os grupos fora, por sua vez, seriam aqueles que não se adéquam a essa identidade do grupo dentro e, por isso, são considerados outsiders. Esta circunstância guarda clara relação com a natureza intrinsecamente **anti-igualitária** (por prever distinções entre grupos dentro e grupos fora) e **anti-individualista** (por incitar a prevalência da proteção da comunidade sobre seus membros)⁹⁶ das ideologias políticas autoritárias.

A concepção tendencialmente maniqueísta e arraigada de mundo e a criação de grupos dentro e fora se ligam a uma **necessidade**, superior à média, por **ordem** e por **segurança** (**item iii**). Aquelas que vêem o mundo como “preto e branco” têm, é claro, uma necessidade, superior à média, por ordem (HETHERINGTON & WEILER, 2009, p. 3), e se julgam ameaçadas por aquilo que não é passível de clara categorização. O mundo é visto como se estivesse ruindo (“falling apart”, é o que diz **Wilson**, 1973, p. 13). A importância nevrálgica da necessidade por ordem, na definição do autoritarismo, leva **Hetherington** e **Weiler** a afirmarem que o autoritarismo deve ser pensado, primordialmente, em termos de ordem, e só secundariamente em termos de autoridade (2009, p. 34). Todas as ideologias políticas autoritárias, como vimos, colocam, a ordem como bem supremo. **Glenn Wilson**, p.ex., diz que o “indivíduo conservador é propenso a se sentir ameaçado e a experimentar insegurança num ambiente complexo e não-familiar” (1973, p. 13).

⁹⁵ É interessante lembrar a perspectiva de **Fromm**: para a personalidade autoritária, dizia ele, existem, por assim dizer, dois sexos: os poderosos e os sem poder. Seu amor, admiração e prontidão à submissão são automaticamente despertados pelo poder, de uma pessoa ou de uma instituição. O poder o fascina não pelos valores específicos pelos quais aquele poder se levanta, mas apenas por ser poder. Pessoas sem poder, ao contrário, despertam seu desprezo; a mera visão de uma pessoa sem poder o faz querer atacá-la, dominá-la, humilhá-la. A personalidade autoritária sente-se mais despertada quanto mais desamparada a pessoa sem poder se torne (1994, p. 167). Na filosofia autoritária, o conceito de igualdade não existe; a personalidade autoritária pode, às vezes, usar a palavra igualdade, seja por convenção, seja porque se adequa aos seus propósitos, mas ela não tem real significado ou peso, já que concerne a algo exterior ao alcance de sua experiência emocional. Para a personalidade autoritária, o mundo é fundamentalmente desigual, composto de pessoas com poder e daquele sem poder, de superiores e de inferiores (FROMM, 1994, p. 171).

⁹⁶ Como bem diz **Henderson**, não é necessário ser um liberal egoísta para se preocupar com a possibilidade de que argumentos de que a comunidade teria precedência dêem justificativa a um majoritarismo agressivo, e a um uso repressivo, punitivo e opressivo da lei contra outsiders (1990-1991, p. 384); trata-se de um perigo claro.

A **prontidão de submissão e obediência à autoridade, a conformidade e o apego desmedido à tradição e a normas convencionais (item iv)** também são características marcantes do autoritarismo psicológico-social. A esperança de redução da insegurança e do medo, que são amainadas pela atribuição de uma autoridade, favorece a submissão e a obediência a essa autoridade.⁹⁷ **Österreich** lembra que a conformidade, à qual os autoritários tendem, é orientada pela vontade de aceitação por grupos fortes (1996, p. 152). Naturalmente, tradições estão sob constante transformação e convenções podem ser revistas; por isso, pessoas com propensões autoritárias costumam ver as tradições e as normas convencionais como frágeis e sob ameaça. Os mais autoritários tendem a abraçar e a proteger as normas sociais existentes (WILSON, 1973, p. 8), buscando livrá-la das fragilidades e dos ataques (HETHERINGTON & WEILER, 2009, p. 4).⁹⁸

A busca pela segurança leva, ademais, a que pessoas com propensões autoritárias tendam a **privilegiar a autoridade em detrimento do indivíduo (item v)**, mesmo que seja uma autoridade manifestada por um poder condicionante.⁹⁹ **Wilson** fala de uma “tendência do conservador de favorecer uma regulação estrita do comportamento individual” e de “uma tendência a responder de modo duramente punitivo a violação de leis” (1973, p. 7). Se a pessoa tem a percepção de que a autoridade o livra da insegurança e o protege, tenderá, evidentemente, a privilegiá-la, em detrimento de direitos individuais. **Stoppino**, muito argutamente, indicava isto: “a imagem que um indivíduo ou um grupo faz da distribuição do poder, no âmbito social a que pertence, contribui para determinar o seu comportamento, em relação a poder”; assim, “a reputação do poder constitui um possível recurso do poder efetivo”, que o amplia (1999, p. 938).

A excessiva necessidade por ordem e a distinção entre grupos dentro-fora conduz a efeitos terríveis. Pessoas autoritárias tendem a se sentir negativos, a reagir agressivamente e a serem intolerantes quanto às pessoas dos grupos fora. A propensão a **intolerância** até

⁹⁷ **Altemeyer** (1981, p. 189ss, apud ÖSTERREICH, 1996, p. 150) indica que, por essas tendências à submissão e à obediência, personalidades autoritárias estão mais propensas a aceitar violações jurídicas de autoridades estabelecidas.

⁹⁸ Assim, também **Fromm**: a personalidade autoritária venera o passado e as tradições, agindo em nome deles, eseria determinada, em suas atitudes frente à vida, por aspirações emocionais; tal personalidade ama aquelas condições que limitam a liberdade humana, adora estar submetida ao destino: “uma característica comum a todo pensamento autoritário é a convicção de que a vida está determinada por forças externa ao ser humano, a seu interesse e a seus desejos; a única felicidade possível está na submissão a essas forças” (1994, pp. 169-70).

⁹⁹ **Fromm** anotava que, hoje em dia (e ele escrevia nos anos 1940), a autoridade se internalizou, tornando-se a consciência ou o superego, e que a autoridade interna pode ser até mais dura do que a autoridade externa (1994, p. 165). E mais: a autoridade é, hoje, anônima, estando “disfarçada como senso comum, ciência, saúde psíquica, normalidade, opinião pública”; ela parece não usar pressão, mas apenas leve persuasão: “se uma mãe diz a sua filha, ‘eu sei que você não vai gostar de sair com aquele rapaz’, ou um anúncio sugere, ‘Fume essa marca de cigarros – você vai gostar de sua refrescância’, é a mesma atmosfera de sugestão sutil que hoje realmente permeia toda a nossa vida social” (1994, p. 166).

hostilidade é característica (**item v**) e o primeiro, e mais terrível, efeito do autoritarismo. O autoritarismo se caracteriza por “falta de empatia, ausência de entendimento do ou simpatia para com os não-poderosos, e uma consciência que é estreitamente limitada à sua própria posição na hierarquia social” (REICH, 1988-1989, p. 80). Os autoritários partem do pressuposto, a todas luzes equivocado, de que “entender tudo é perdoar tudo”¹⁰⁰; por isso, preferem não buscar entender as causas primárias do comportamento humano dos grupos fora. **Stenner** caracteriza o autoritarismo por ser precisamente uma “predisposição à intolerância” (2005, p. 2). **Henderson** ensina que autoritarismo representa inflexibilidade e opressão, e

“significa oposição aos valores liberais de tolerância à ambigüidade e à diferença, insistência quanto à obediência de regras, insistência na conformidade, e uso de coerção e punição para assegurar essa obediência. Frequentemente associado com nacionalismo xenofóbico e com etnocentrismo, autoritarismo, nesse sentido substantivo, tem como premissa uma visão suspeitosa e desconfiada da natureza humana e é frequentemente ligada, tanto em nível pessoal quanto político, com racismo, anti-semitismo e patriarcado”(1990-1991, p. 379 e 382).

Österreich também diria que uma das características do autoritarismo psicológico é precisamente a **hostilidade** (Feindseligkeit), dirigida principalmente a minorias(1996, p. 158), e completa: “personalidades autoritárias se conduzem, perante pessoas com alto status, de maneira latentemente submissa, tanto quanto elas são latentemente agressivas perante minorias”(1996, p. 160).

A intolerância e a hostilidade de pessoas com propensões autoritárias se manifestam, em regra, de modo seletivo; isto é frisado por vários autores. Ou seja, a tendência à **seletividade** (**item vi**) é uma característica marcante do autoritarismo psicológico-social. **Österreich**, coerente com sua concepção de que o autoritarismo se manifesta como busca por segurança, diz que, a partir da entrada da insegurança, surge uma agressividade seletiva (1996, p. 166). Pessoas com tendências autoritárias têm a pré-disposição a raciocinar por **preconceito** e por **estereótipo** (**item vii**); e assim que se manifesta a seletividade do autoritarismo psicológico-social. O preconceito, como diz **Bobbio**, é a idéia que não nasce da razão, nem aceita se submeter ao seu controle, sendo, por isso, intrinsecamente irracional (2002, p. 103). **Angela Kindervater**, ao discutir a relação entre estereótipo e autoritarismo, define o estereótipo como “um juízo fixo e generalizante sobre pessoas ou grupos, que existem mesmo sem o conhecimento de sua validade empíricas” e serve à “orientação situacional e à estabilização psíquica de pessoas autoritariamente predispostas, pelas quais

¹⁰⁰ Essa é uma idéia que, como bem mostra **Bernard Haffke**, também grassa no poder punitivo (2010, p. 355).

elas pretendem se proteger contra o medo e a insegurança” (2007, p. 47). É evidente que os grupos-fora são compostos por aqueles indivíduos que as pessoas autoritárias querem afastar e dominar; e os grupos dentro são compostos por indivíduos que as pessoas autoritárias querem privilegiar. **Wilson** fala de uma intolerância com “grupos minoritários” (1973, p. 8). Essa distinção de grupos-dentro e grupos-fora encontra raízes profundas em **preconceitos** e em **estereótipos**.

A ligação entre autoritarismo e preconceito é indicada claramente por **Gadamer**, que ressaltava que vários preconceitos derivavam da autoridade humana (2004 [1960], p. 274). **Adorno** também ressaltava que os estereótipos eram instrumentalizados pelas personalidades autoritárias, para serem subjugados (1969, p. 971ss). **Rokeach** já dizia que o dogmático se caracterizava pelo fechamento de seu sistema cognitivo, o que o tornava infenso à recepção de informações novas – isto evidentemente leva, por processos reducionistas, a raciocinar por estereótipos. **Rogmann**, outro estudioso do dogmatismo de **Rokeach**, assentava explicitamente que “pensamento inconsistente e estereotipado é uma característica de pessoas autoritárias ou dogmáticas” (1966, p. 310). Aliás, se se considerar a teoria de **Österreich** (de que o autoritarismo psicológico representa uma fuga de situações de insegurança), veremos que a criação de estereótipos, na explicação de **Zygmunt Baumann**, tem a mesma matriz: “Pessoas inseguras tendem a procurar febrilmente por um alvo sobre o qual possam descarregar sua ansiedade concentrada, e a restaurar a autoconfiança perdida aplacando esse sentimento ofensivo, atemorizante e humilhante de impotência” (2008, p. 160).

Em suma, o autoritarismo psicológico, seja a partir de explicações psicanalíticas, cognitivas ou de aprendizado social, é criado e fortemente estimulado pelo sentimento de medo, e se caracteriza, por: **(i)** concepções maniqueístas e arraigadas do mundo; **(ii)** criação, a partir de um valor de identidade, de grupos dentro e fora; **(iii)** maior necessidade de ordem e de segurança; **(iv)** prontidão de submissão e obediência à autoridade, conformidade e apego à tradição e a normas convencionais; **(v)** privilégio à autoridade, em detrimento do indivíduo, **(vi)** propensão à intolerância e até à hostilidade; **(vii)** tendência à seletividade; e **(viii)** tendência a raciocinar por preconceitos e por estereótipos.

É pacífico que a aparição do autoritarismo psicológico-social não se cinge às sociedades governadas por regimes autoritários. Pessoas com tendências autoritárias haverá também em democracias liberais. Pode-se até dizer que, por teoricamente privilegiar a liberdade, há um clima propício à formação de pessoas com tendências autoritárias, seja em virtude da liberdade de manifestação de pensamento e de outros direitos individuais, seja em

virtude de uma possível “sensação” de insegurança subjetiva que uma sociedade aberta propicia. **Karen Stenner** ressalta, com razão, que “algumas pessoas nunca irão viver confortavelmente em uma democracia liberal moderna” (2005, p. 1), precisamente porque possuem tendências autoritárias. Daí a importância de que o autoritarismo seja tratado como um fenômeno social (LÖBERBAUER, 2004, p. 5), e não apenas político.

A importância do exame do autoritarismo psicológico-social pode ser bem apreciada a partir de lições de **Foucault** e de **Soriano**. **Foucault** ensinava, como já se referiu (no item 1.1.3), que, em qualquer sociedade, existem múltiplas relações de poder que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social (2003, p. 142) e que, por isso, é muito mais importante estudar o exercício de poder no corpo social, e não sobre o corpo social (2003, p. 131). **Soriano** ressalta que o controle social está associado a relações de poder e que, em uma sociedade, é realizado por todos. Ora, se o poder é exercício no corpo social, até com forma e controle social, fica clara a importância da análise da psicologia do autoritarismo social. Afinal, como bem diz **Marcuse**, categorias psicológicas se converteram em categorias políticas e, com isso, os problemas psicológicos tornam-se problemas políticos (2010, p. 25).

2.1.5. Para uma compreensão global do autoritarismo

A complexidade fenomenológica do autoritarismo fica clara, pelos quatro contextos em que o termo tem sido empregado e estudado: seja como abuso de autoridade, seja como regime político, seja, ainda, como ideologia política, seja, por fim, como pré-disposição psicológica em relação ao exercício de poder (respectivamente, itens 2.1.1 a 2.1.4, supra).

Embora próximos e ligados (e talvez até se possa dizer convergentes, pois, como já se mencionou, uma pessoa com pré-disposição autoritária tenderá a aceitar uma ideologia autoritária, a abusar de sua autoridade e até a querer um regime político autoritário), os quatro contextos podem ser considerados quatro prismas diferentes pelos quais o multifário fenômeno do autoritarismo pode ser reconhecido e examinado, sob os ângulos e com as contribuições inestimáveis da ciência política e da psicologia social.

É indubitável que estes quatro contextos se comunicam dinamicamente e se retroalimentam. Para uma compreensão global do autoritarismo, e para a investigação de suas inter-relações com o sistema penal, é imprescindível que todos os quatro contextos de autoritarismo sejam considerados. A exclusão de um ou de dois dos contextos do

autoritarismo empobreceria a análise do fenômeno e não permitiria abarcar, em toda a sua dimensão, o funcionamento do autoritarismo na sociedade e no sistema penal.

Tratar o autoritarismo como mero abuso de autoridade (item 2.1.1) impediria que pudesse descortinar o autoritarismo em hipóteses em que a autoridade é exercida de acordo com os padrões normativamente permitidos. Seria, portanto, impossível verificar o autoritarismo intrínseco a uma determinada disposição legal; o mero fato de uma lei ter obedecido ao regular trâmite do processo legislativo e de o juiz se limitar a aplicá-la seria suficiente para ser impossível, ausente a compreensão que apenas os demais contextos propiciam, apor-lhe a pecha de autoritarismo. De outro lado, na medida em que a lei reconhece e garante liberdade originária contra o poder da autoridade, o contexto do abuso do âmbito legal do poder de autoridade é aquele que mais imediatamente é identificado quando se trata de violação à liberdade. O abuso na constituição do poder de autoridade (p.ex., pela exclusão de pessoas do âmbito decisório) também é vital para a compreensão do autoritarismo.

A consideração do autoritarismo no mero contexto de regime político (item 2.1.2) impediria a perquirição acerca do autoritarismo latente (ou até manifesto) no âmbito de regimes políticos democráticos; em termos de sistema penal, chegar-se-ia ao absurdo, por exemplo, de não se poder afirmar o autoritarismo de uma disposição legal, apenas porque foi editada por um governo democraticamente eleito. De fato, ideologias e pré-disposições psicológicas autoritárias existem independentemente do regime político e podem, evidentemente, encontrar guarida em atos legislativos, mesmo aqueles editados sob democracias consolidadas. De outro lado, nem todas as decisões políticas tomadas no âmbito de um regime autoritário são necessariamente autoritárias (embora até se possa considerar que indiciariamente seriam!); para usar um exemplo do sistema penal brasileiro, basta lembrar a lei 5.941, de 22.11.1973, que, editada em plena ditadura militar, diminuía o autoritarismo consistente na obrigatoriedade indeclinável de recolher-se à prisão a partir da decisão de pronúncia no Júri ou para apelar de uma sentença condenatória de 1.º grau.¹⁰¹

¹⁰¹ Não se ignora que esta lei foi gestada especialmente para favorecer um delegado de polícia do DOPS de São Paulo, **Sergio Fleury**, de triste memória por sua propalada participação em torturas e em execuções de presos políticos. Mas o fato é que a referida lei, que alterava, dentre outros, os arts. 408 e 594, e 596, do Código de Processo Penal, diminuía (embora não eliminasse) o autoritarismo das antigas disposições legais, permitindo que o acusado primário e de bons antecedentes recorresse, em liberdade, da pronúncia (art. 408, CPP) e da sentença condenatória (art. 594, CPP). Somente cerca de 30 anos depois, por obra da jurisprudência, é que a questão dos antecedentes deixaria de ser vinculante para este tipo de prisão, a partir do reforço da concepção de que qualquer prisão processual deveria ter natureza puramente cautelar (o que, todavia, na prática, nem sempre se respeita, sendo a prisão cautelar profusamente usada para antecipação de pena).

A caracterização dos elementos que distinguem ideologias políticas autoritárias e ideologias políticas democráticas (item 2.1.3) constitui instrumento indispensável à compreensão do autoritarismo, principalmente em termos de análise do discurso jurídico-penal. Na medida em que verifica que as ideologias autoritárias se caracterizam por se fundar em alguma concepção anti-igualitária dos homens, em considerar a ordem e a segurança como bens supremos e em valorizar o exercício do poder em detrimento das liberdades individuais e dos direitos humanos, é fácil perceber se e em que medidas ideologias subjacentes a propostas políticas estão impregnadas de autoritarismo. A partir dessa análise, torna-se claro o autoritarismo político-ideológico da teoria do direito penal do inimigo, de **Günther Jakobs**, que pretende separar as pessoas em cidadãos e inimigos (concepção não-igualitária), se calca em uma suposta falta de segurança cognitiva, tratando as pessoas como foco de perigo (o que mostra o privilégio da segurança) e advoga a supressão de direitos e garantias individuais (2009, p. 43ss).

Por fim, o exame do autoritarismo em termos de pré-disposição psicológica em relação ao exercício de poder (item 2.1.4), que pode ser insuflada pelo medo, é de vital importância para compreender de que maneira tendências psicológicas autoritárias podem ser criadas, fomentadas e se exercem, constituindo campo fértil às ervas daninhas das ideologias autoritárias e dos regimes políticos autoritários. Com a argúcia habitual, **Gisálio Cerqueira Filho** diz que esse tipo de autoritarismo (que ele chama “autoritarismo afetivo”) é “o ovo da serpente” (2005, p. 75).

Desse modo, em todo o momento em que, ao longo deste trabalho, se buscar relacionar autoritarismo e sistema penal, ter-se-á sempre em mente algum ou vários dos contextos de autoritarismo, hauridos da ciência política e da psicologia social.

2.2. Sistema penal e autoritarismo

A indicação das inter-relações entre autoritarismo, em seu quatro contextos, e sistema penal exige, ainda que rapidamente, a caracterização do que se quer significar quando se fala em sistema penal. **Eugenio Raúl Zaffaroni** é certamente o jurista que melhor caracterizou, em sua inteireza, o sistema penal, em seu funcionamento e em suas partes constitutivas; será, portanto, a partir de sua construção (que a seguir será, tão brevemente quanto possível, resumida), que este trabalho buscará mostrar as inter-relações entre sistema penal e autoritarismo.

Por sistema penal se entende o conjunto de agências que operam ou que convergem na produção da criminalização, primária e secundária. Na análise de todo sistema penal deve-se tomar em conta as seguintes agências: **(a)** as políticas (parlamento, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **(b)** as judiciais (juízes, ministério público, auxiliares, advogados, organizações profissionais); **(c)** as policiais (polícia civil, militar, federal, aduaneira, investigadores privados, de inteligência do Estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); **(d)** as penitenciárias (pessoal das prisões e de execução ou vigilância punitiva em liberdade); **(e)** as de comunicação social (televisão, imprensa e rádio); **(f)** as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de investigação jurídica e criminológica); **(g)** as internacionais (organismos especializados da ONU, a OEA, etc.); e **(h)** as transnacionais (cooperações de países centrais, fundações, etc.). Estas agências (no sentido neutro de entes ativos) não operam, todavia, de modo coordenado, mas sim de forma compartimentalizada, cada um conforme seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, pp. 17-8).

Essas agências do sistema penal lidam com o poder punitivo, que consiste na forma de coação estatal que se exercita através ou a pretexto da imposição de penas; quando se faz referência ao poder punitivo se quer dizer a prática concreta e real de punição. Do poder punitivo se distinguem a legislação penal (que é o conjunto de disposições normativas que habilitam, restringem ou, de qualquer modo, regulam o exercício de poder punitivo) e o direito penal (que é o ramo do saber jurídico) (cf. item 1.1.1, *in fine*). Na expressiva definição de **Zaffaroni**, o “direito penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação de leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (2000, p. 4).

É absolutamente impossível¹⁰² — e até desaconselhável — que o poder punitivo se exercite sobre toda a massa de pessoas que compõem uma determinada sociedade; por isso, há de ser feita uma seleção, que se chama criminalização, e que é feita em duas etapas: **(i)** a criminalização primária, que é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas (é um programa, que, instituído pelas agências políticas, geralmente sob a influência de algum empresário moral, deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam); e **(ii)** a criminalização secundária, que

¹⁰² **Vormbaum** chega até a dizer que a punição de todos os delitos é uma “ilusão” e, citando **Heinrich Popitz**, até indesejável (2009, pp. 187, nota 190).

consiste na ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que tem lugar quando as agências policiais detectam uma pessoa (à qual se atribui um certo ato criminalizado primariamente), investigam-na, privam-na, em alguns casos, de liberdade ambulatoria, submetem-na a uma agência judicial, que admite um processo, no qual é discutida e, eventualmente, aplicada uma pena, que é executada por uma agência penitenciária (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, p. 7).

A imensidão do programa de criminalização primária ante a escassez de recursos (humanos, operacionais etc.) das agências do sistema penal impõe, como se referiu, que a criminalização secundária se realize de maneira seletiva. Esse poder de seleção corresponde fundamentalmente às agências policiais, que, todavia, não selecionam de acordo com seu exclusivo critério: sua atividade seletiva é condicionada, em certa medida, por outras agências do sistema penal (normalmente, as agências de comunicação social, as agências judiciais e as agências políticas).

Qualquer burocracia (e a da agência policial não é diferente) esquece suas metas (uma delas, aqui, deveria ser a realização igualitária do programa de criminalização primária) e reitera o ritual mais fácil, selecionando os fatos mais toscos ou grosseiros (que são de mais fácil detecção) e se concentrando em pessoas que causem menos problemas (por não deterem acesso aos círculos de poder). Os autores de fatos mais toscos ou grosseiros são, normalmente, realizados por pessoas que somente possuíam instrução ou treinamento para realizar tais atos toscos ou grosseiros.

Isto leva a que os fatos mais grosseiros, de pessoas com menos poder, acabem sendo projetados na comunicação como os únicos delitos, e essas pessoas como os únicos delinquentes, o que proporciona uma imagem comunicacional negativa, que contribui para criar um **estereótipo** no imaginário coletivo. Isto leva a uma imagem pública do delincente com componentes racistas, classistas, etários, de gênero e estéticos, etc.

O **estereótipo** acaba, com isso, sendo o principal critério seletivo de criminalização secundária; a seleção dominante responde exatamente a estereótipos.¹⁰³ Por regra geral, o poder punitivo seleciona, para fins de criminalização secundária, as pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, são vulneráveis (“criminalização conforme a

¹⁰³ Por isso é que são observáveis certas regularidades da população carcerária associadas a desvalores estéticos, que o biologismo criminológico considerou causas do delito, quando, na verdade, são causas da criminalização, mas pode ser causa do delito se a pessoa assume o papel associado aos estereótipos (efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário) (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, p. 9).

estereótipo”).¹⁰⁴ Cada pessoa tem um estado de vulnerabilidade ao poder punitivo, que depende precisamente de sua correspondência com um estereótipo criminal; a vulnerabilidade é maior ou menor de acordo com o grau de correspondência com um estereótipo criminal. As pessoas não são alcançadas pelo poder punitivo apenas pelo estado de vulnerabilidade, mas sim pela situação de vulnerabilidade (ou seja, pela posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca); quem está no estereótipo não precisa realizar muito esforço para se colocar em situação criminalizante (às vezes, tem que realizar alto esforço para evitá-la!); e, ao revés, quem está longe do estereótipo deve realizar alto esforço para ser criminalizado.

A **seletividade** — diz **Zaffaroni** — é característica estrutural do sistema penal; não há sistema penal cuja regra geral não seja a criminalização secundária, em razão da vulnerabilidade do indivíduo (2000, pp. 11-2). **Baratta** já dizia que

“os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato”, e que são “os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam [...] a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais do s quais é ‘normal’ esperá-la” (1999, p. 176)¹⁰⁵.

Em outro ponto, citando **Fritz Sack**, diz **Baratta** que “a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade pré-constituída em relação á atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos” (1999, p. 107); e esse processo de atribuição se faz seletivamente (e não igualitariamente).

Somente o grau de seletividade é que pode diferir por questões conjunturais; a seletividade se acentua em sociedades mais estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade secundária; de outro lado, a seletividade também se acentua em sociedades que, embora não tenham essa caracterização, sofram de arraigados preconceitos racistas ou os desenvolvem a partir de um fenômeno migratório (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, Derecho Penal: Parte General, 2000, pp. 11-2).

¹⁰⁴ Com menor freqüência, é criminalizada secundariamente uma pessoa que não está no estereótipo, mas que atuou com brutalidade singular ou patológica, que a tornou vulnerável (p.ex., homicídios intrafamiliares) (**criminalização por comportamento grotesco ou trágico**); e, muito excepcionalmente, alguém que, se encontrando em uma posição que o torna praticamente invulnerável ao poder punitivo, leva a pior em uma luta de poder hegemônico e sofre, por isso, uma queda na vulnerabilidade (**criminalização por retirada de cobertura**) (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, Derecho Penal: Parte General, 2000, p. 10).

¹⁰⁵ E **Baratta** ainda acentua “a incidência dos estereótipos, dos preconceitos, das teorias de senso comum na aplicação da lei penal”, afirmando: “Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista” (1999, pp. 177-8)

O poder punitivo atua largamente como instrumento de controle social, mas, como bem anota **Zaffaroni**, a criminalização secundária, mesmo nos países mais punitivos, tem escasso valor como meio de controle social. O verdadeiro poder político do sistema penal como instrumento de controle social radica no formidável **poder configurador positivo da vida social**, que as agências policiais exercem, e que, em nenhum momento, passa por agências judiciais: p.ex., detenção de uma pessoa suspeita para identificá-la ou porque chama a atenção, vigilância de locais de reunião ou de espetáculos, de espaços abertos, registro de informação recolhida em tarefa de vigilância, controle aduaneiro, migratório, veicular, expedição de documentação pessoal, investigação da vida privada das pessoas, informações de contas bancárias, do patrimônio, de conversas privadas, telegráficas, telemáticas, postais, eletrônicas, etc., tudo com pretexto de prevenção e vigilância para a segurança ou investigação para a criminalização, constituem um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de modo tão arbitrário como desregulado, e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. Da perspectiva do poder, é este o modo de exercício das agências de criminalização que interessa (2000, pp. 12-13).

Paralelamente ao poder punitivo exercido pelos canais institucionalizados, também se exerce poder punitivo por via do que se convencionou chamar **sistemas penais subterrâneos** e **sistemas penais paralelos**. **Sistema penal subterrâneo** consiste no conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências executivas (policiais ou judiciais) do sistema penal. Todas as agências executivas exercem poder punitivo à margem de qualquer legalidade; isto provoca que o poder punitivo se comporte fomentando empresas ilícitas, o que é um paradoxo no âmbito do saber jurídico, mas não é para as ciências políticas e sociais, onde está claro que qualquer agência com poder discricionário termina abusando dele. Este abuso configura o sistema penal subterrâneo, que institucionaliza pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, seqüestros, roubos, tráfico de tóxicos, armas e pessoas, exploração do jogo, da prostituição, corrupção etc. A magnitude e as modalidades do sistema penal subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema pena, mas ele existe em todos os sistemas penais (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, Derecho Penal: Parte General, 2000, p. 24). Os campos de concentração (sejam os nazistas, sejam os de Guantánamo), grupos para-oficiais (como a Ku Klux Klan, nos EUA, ou as milícias no Brasil), expulsões fáticas de estrangeiros, extradições mediante seqüestro, grupos especiais de

inteligência atuando fora da lei (os tristemente conhecidos casos espanhóis, ingleses e franceses), mostram a universalidade e a estruturalidade do fenômeno.

De outro lado, a atenção discursiva centrada no sistema penal formal do estado deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo, exercido por outras agências com funções manifestas muito diferentes, mas cuja função latente de controle social punitivo (desde a perspectiva das ciências sociais) não é diferente da penal. É uma complexa rede de poder punitivo, exercido por **sistemas penais paralelos**. Um exemplo claro está nos médicos, que exercem um poder de institucionalização manicomial que, quando não tem objetivo curativo imediato, se aproxima bastante ao de prisionização (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, p. 23).

Na medida em que as agências judiciais do sistema penal somente podem impor pena pela via de um processo, e em que o processo só se justifica se há suspeita mínima de prática de crime, tornam-se patentes a importância do direito processual penal e sua recíproca dependência com o direito penal. Normalmente há um alto grau de simetria político-criminal e ideológica entre direito penal e direito processual penal: “a um direito penal limitador e de garantias corresponde um direito penal acusatório, e a um direito penal autoritário um processual penal inquisitório” (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, p. 158). Não é incomum, por igual, que medidas eminentemente processuais, como, p. ex., a prisão preventiva, sejam indevidamente contaminadas por finalidades tipicamente atribuídas à pena ou à medida de segurança.

A execução penal, por fim, é — como se diz freqüentemente — uma espécie de “hora da verdade” do sistema penal. Na medida em que, na execução de penas a serem cumpridas em estabelecimento penitenciário, altera-se necessariamente o objeto da sentença (p.ex., permitindo-se progressão ou regressão de regimes), as leis e as práticas de execução penal, e o saber jurídico a ela relativo, também têm importância enorme para a compreensão global do sistema penal. A execução penal, embora algo negligenciada por importantes agências de reprodução ideológica, é muito influenciada por aportes de várias agências do sistema penal.

2.2.1. Manifestações autoritárias no sistema penal

A indicar a abundância de inter-relações entre autoritarismo e sistema penal, lembre-se de trecho lapidar de **Michel Foucault**, que destacava a estreitíssima ligação entre poder e

sistema penal (chegando a dizer que é nele que o poder se expressa de maneira mais manifesta):

“Não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se manifesta da maneira mais manifesta? Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor, etc., é a manifestação mais delirante que se possa imaginar. [...] O que impressiona nessa história é não apenas a puerilidade dos exercícios de poder, mas o cinismo com que ele se exerce como poder, da maneira mais arcaica, mais pueril, mais infantil. [...] A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral” (2003, p. 73).

A mais evidente relação entre autoritarismo e sistema penal está, sem dúvida alguma, no sistema penal subterrâneo. Neste, o agente do sistema penal abusa claramente e/ou extrapola sua autoridade, passando a praticar ilícitos penais, tais como execuções sem processo, desaparecimento de pessoas, campos de concentração etc. A alta letalidade da Polícia Militar carioca, de que se falará no capítulo IV, é um exemplo claro de autoritarismo no sistema penal subterrâneo. Em verdade, falar em sistema penal subterrâneo autoritário é até um pleonasmos; a constatação da relação entre autoritarismo e sistema penal subterrâneo é tão nítida que dispensa qualquer argumentação.

Os sistemas penais paralelos são, por igual, altamente propícios a exercícios autoritários de poder; um exemplo recente, ocorrido em Sobral/CE, em que Damião Ximenes foi torturado (e não submetido a tratamento psiquiátrico numa clínica de repouso), levou à primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os manicômios da época nazista, responsáveis por milhares de esterilizações e mortes por suposta eutanásia, também constituem claro exemplo de autoritarismo no sistema penal paralelo.¹⁰⁶

No campo da criminalização primária (ou seja, na edição de legislação penal), a contaminação autoritária é muito comum, pois é precisamente a lei penal que habilitará o exercício de poder punitivo. Bem diz **Henderson** que “como a lei é um instrumento importante de poder político e social, e também de busca de legitimação e de consecução dos objetivos estatais, a lei é vulnerável a ser capturada para propósitos autoritários” (1990-1991, p. 383). A Alemanha nazista, por exemplo, editou, em 1935, leis que criminalizavam o casamento e relações sexuais entre judeus e alemães. Para um exemplo do tempo da ditadura no Brasil, basta lembrar as incriminações vagas do decreto-lei 898/69, ou as suas prescrições processuais, que violavam claramente o princípio da igualdade entre acusação e defesa. A

¹⁰⁶ Por questões de espaço, não se tratará, todavia, de manifestações concretas de autoritarismo em sistemas penais paralelos nos capítulos III e IV.

regulamentação legal do regime disciplinar diferenciado é um exemplo claríssimo de exercício autoritário de poder punitivo no Brasil contemporâneo, pela violação clara de direitos humanos da pessoa humana.

No Brasil, muitas leis têm sido editadas, como se verá adiante, a partir do medo que infunde autoritarismo psicológico. **Miguel Reale**, em 1998, sem se referir especificamente às leis penais, apresentaria acerba crítica:

“seria evidentemente ingênuo quem apresentasse a decisão do poder como um ato de pura racionalidade”, pois “na realidade, são múltiplos os motivos e as causas que induzem, por exemplo, os deputados a votar pró ou contra um projeto de lei, não faltando motivos de natureza emocional, dos quais participam até mesmo impulsos instintivos inexplicáveis” (1998, p. 228).

No campo da criminalização secundária, a inter-relação entre autoritarismo e sistema penal se apresenta claríssima, a partir da consideração de que o sistema penal, estruturalmente, atua de maneira seletiva, a partir de estereótipos, contra grupos vulneráveis, desprovidos de cobertura de poder. A seletividade, como anota **Zaffaroni** (2000, p. 623), opera contra os mais vulneráveis, na medida diretamente proporcional à sua distância dos centros de poder (o que os impede de ativar dispositivos de contra-poder que neutralizem ou desviem a ação do poder punitivo). **Gerlinda Smaus**, em importante e recente trabalho (*Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*), mostrou que a conduta da pessoa interessa pouco (ou nada) para a criminalização secundária (1998, p. 100ss); em verdade, o que faz com que a uma pessoa seja atribuída a condição de “criminoso” são critérios situacionais e vinculados à pessoa (1998, p. 113ss), nos quais estereótipos criminosos (1998, p. 163) têm um papel importante. **Smaus** mostra que o direito penal é um instrumento de reprodução da diferenciação social, reproduzindo o status social e a estrutura de classes sociais (1998, p. 169ss). Ora, o autoritarismo psicológico (ou social), que é encontrado em qualquer sociedade (mesmo a democrática), também tem como característica fundamental a atuação seletiva, a partir de estereótipos, contra grupos vulneráveis, desprovidos de cobertura de poder. Na medida em que propensões autoritárias acometem pessoas em todos os níveis sociais (e em todos os contextos políticos), pode-se dizer que pessoas com tais propensões podem ocupar (e efetivamente ocupam) postos em qualquer uma das agências do sistema penal. As agências policiais, que são as responsáveis diretas pela seleção de criminalização secundária, atuam, portanto, de modo largamente autoritário; mas também os juízes podem atuar — e freqüentemente atuam — autoritariamente, como exemplifica **Henderson**: “os

juízes podem participar de usos autoritários da lei por obediência incondicional a norma, usando raciocínios estereotipados, mantendo o status quo e hipostasiando relações de poder, e tomando atitudes punitivistas face à desobediência” (1990-1991, p. 383).

No âmbito do poder positivo configurador da vida social, a relação com o autoritarismo é amplamente favorecido: na medida em que o autoritarismo se caracteriza pela busca excessiva por ordem e segurança, o controle e a vigilância da vida social que as agências do sistema penal exercem estão freqüentemente motivadas por impulsos autoritários. A censura de manifestações artísticas, por suspeita de subversão, é exemplo claro de autoritarismo por ideologia política. As diferenças notórias no modo de realização de revistas policiais, em bairros ricos (onde os policiais são, normalmente, educados) e em favelas (onde os policiais submetem as pessoas a constrangimentos terríveis), constituem também claríssimo exemplo de autoritarismo no exercício o poder configurador da vida social.

A ligação estreita entre poder e sistema penal indicia que o autoritarismo contaminar qualquer das agências do sistema penal, mesmo aquelas que possuem pouco poder (como as de reprodução ideológica [as universidades], as internacionais, e as transnacionais), aquelas cujo poder seja intensamente controlado por outras agências (como as penitenciárias) e aquelas que, em verdade, não atuam diretamente, embora tenham notável poder de pressão (como as de comunicação social).

As agências de reprodução ideológica podem ser objeto de autoritarismo, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha nazista, inúmeros professores catedráticos de direito penal (**Gustav Radbruch**, **Richard Honig**, etc.) foram defenestrados das faculdades, tendo seus documentos e papéis confiscados, seus livros queimados, proibidos de escrever e, em alguns casos, sendo obrigados a emigrar. No Brasil, isto também ocorreu, sendo notório o caso de **Heleno Fragoso**, que, durante a ditadura militar, teve de deixar de lecionar na Faculdade Nacional de Direito, da qual era livre-docente. As agências penitenciárias também podem exercer, e normalmente exercem, poderes autoritários: a preocupação com a ordem e a disciplina do ambiente carcerário, como bem demonstrou **Augusto Thompson** (2000, p. 7) claramente sobrepujam as funções manifestas da pena; ademais, muitas vezes, os administradores de penitenciárias tem a prerrogativa de aplicar sanções que, muitas vezes, o Poder Judiciário se recusa a examinar. É evidente que as agências de comunicação social também podem exercer, e freqüentemente exercem, autoritariamente o poder de informar, prejudgando acusados ou pressionando juízes e jurados, entre outras formas.

A profunda relação entre autoritarismo e saber criminológico é afirmada magistralmente por **Massimo Pavarini**. Ele proclamava, já em 1980 no prefácio de sua bela *Introduzione a la criminologia*, que a diversidade de saberes criminológicos somente poderia ser compreendida a partir da percepção de que a criminologia, em seu objeto, está condicionada por fatores externos; tais fatores externos são precisamente as exigências mutáveis de ordem (*esigenze mutevoli di ordine*), que são exigências imediatamente políticas. Ao fundo de toda reflexão criminológica há sempre esta preocupação de desordem social, de ameaça à ordem constituída; “o fio de Ariadne de uma possível inteligência das linguagens criminológicas é, portanto, encontrado nas demandas, qualitativamente diversas, de política criminal” (PAVARINI, 1980, p. 2).

Pavarini chega a dizer que essas exigências mutáveis de ordem são precisamente os fatores que conduzem a que o patrimônio do conhecimento criminológico se mostre altamente refratário a sistematizações; em criminologia, diz ele, todo projeto de sistematização se apresenta como leito de Procusto (1980, p. 4). **Pavarini** ainda sustenta, com razão, que “reconstruir a história da criminologia equivale a percorrer a história dos problemas de ordem e de controle social”, e diz que o critério sistemático para expor criticamente as teorias criminológicas deve se guiar pela interpretação que se dá às relações entre o indivíduo e a autoridade (1980, p. 8 e 4). Nesta medida, mesmo a desqualificação do saber criminológico também decorre, em regra, de determinada exigência de ordem (ou de que aquele saber não satisfaz essa exigência). Esses aportes de **Pavarini**, que mostram a vinculação umbilical entre, de um lado, o saber criminológico e, de outro, as exigências de ordem e as relações entre indivíduo e autoridade, desnudam as inextrincáveis relações entre autoritarismo, em todas as suas acepções, com o saber criminológico (que claramente fica vulnerável a todo o tipo de distorção autoritária).

Por fim, se coloca a questão da inter-relação entre autoritarismo e direito penal (aqui empregado, por evidente, na acepção de **Zaffaroni**, de ramo do saber jurídico). O exame das teorias do direito penal nazista e de certas teorias do direito penal contemporâneo mostrará que ideologias autoritárias tiveram (e continuam a ter) influência notável nas teorias jurídico-penais, alterando concepções sobre o conceito material de crime, sobre antijuridicidade, sobre erro, sobre culpabilidade etc. A teoria do direito penal do inimigo, de **Günther Jakobs**, é o exemplo atual mais claro de autoritarismo no direito penal (como, aliás, já referido no item 2.1.4). **Miguel Reale Junior**, criticando o funcionalismo subjacente a algumas concepções jurídico-penais, vincula-o ao autoritarismo:

“a admissão absoluta da concepção estrutural funcionalista, que outorga à sociedade o caráter de um sistema integrado, estável e homogêneo, propicia o autoritarismo, no qual o consenso é dado por implícito e o contestador é visto como inimigo, tal como se deu sob a égide da ideologia da segurança nacional”(2002, p. 11).

Zaffaroni, ao criticar o fato de que algumas disciplinas tencionavam usurpar a função da ontologia (pretendendo a apreensão dos entes como realidade em si), já ensinava que uma tal usurpação conduzia ao “autoritarismo” (2000, p. 3):

“quando uma disciplina, cujos conceitos estão sempre referidos ao poder, atribui-se a capacidade de livremente criar o mundo sobre o qual deveria incidir, termina num discurso desconcertante e desorientador, inserido no marco mais amplo de ocultação ideológica, no mundo real, a serviço de qualquer objetivo político” (2010, p. 59).

Com isso, “à ignorância do destino político somar-se-á o paradoxo freqüente de um discurso formalmente liberal e funcionalmente autoritário” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, & SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro II*, I, 2010, p. 59). Por fim, uma das maneiras mais comuns de buscar gerar (e, evidentemente, exercer) ilegitimamente o poder que deflui do saber jurídico está em deixar, de fora do espectro de considerações, os dados sociais (2000, p. 22).

Bem analisada, a definição de direito penal, adotada por **Zaffaroni**,¹⁰⁷ também dá pistas para inter-relações importantes entre autoritarismo e sistema penal. Os objetivos do sistema orientador que **Zaffaroni** propõe (conter e reduzir poder punitivo, e impulsionar o estado constitucional de direito) permitem lobrigar o autoritarismo no sistema penal.

“Contenção e redução de poder punitivo”, colhe-se de outro trecho do eminente autor argentino, se refere à contenção de poder punitivo inconstitucional, ilegal ou irracional. Ora, poder inconstitucional ou ilegal é, necessariamente, poder autoritário (por abusar da parcela de autoridade que a Constituição ou a lei confere).

Poder irracional é, também, facilmente passível de recondução a algum dos contextos de autoritarismo. **Österreich** chega a dizer que a teoria do autoritarismo é, no fundo, uma teoria da conduta humana irracional (1996, p. 11). Como bem diz **Bobbio**, o preconceito, característica marcante do autoritarismo psicológico-social, “pertence à esfera do não racional, ao conjunto de crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer

¹⁰⁷ Já citada anteriormente e, por comodidade, aqui repetida: o “direito penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação de leis penais, propõe aos juizes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, 2000, p. 4)

refutação fundada num raciocínio” (2002, p. 103). Seja porque se funda em alguma concepção anti-igualitária ou por propender à intolerância e à hostilidade quanto a grupos minoritários ou destituídos de poder social, seja porque privilegia irracionalmente a autoridade em detrimento do indivíduo, seja porque cede a exigências absurdas de ordem ou de segurança, seja porque as disposições legais se originaram em dados fictícios (e não em dados sociais reais) ou porque decorreram de medos irracionais, o autoritarismo é manifestação clara de irracionalismo. Em suma, o poder punitivo inconstitucional, ilegal ou irracional, na expletiva formulação de **Zaffaroni**, poderia ser resumido como poder punitivo autoritário – é precisamente esse que o direito penal deve conter e reduzir.

O objetivo, descrito por **Zaffaroni**, de “impulsionar o estado constitucional de direito” se deve ao fato de que “não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas só estados de direito históricos que contém (melhor ou pior) os estados de polícia que encerram” (2000, p. 5). O estado de polícia é, por definição, aquele “em que todos os habitantes estão subordinados ao poder de quem manda”, ou seja, “o que se rege pelas decisões do governante”, e não pelo direito inscrito previamente na lei, que é precisamente a característica do estado de direito (2000, p. 39). **Zaffaroni** lembra que “em qualquer exercício de poder político institucionalizado em forma de Estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam em diferente medida e de modo instável e dinâmico” (2000, p. 40). O estado de polícia é, evidentemente, o tipo de estado propício a todos os tipos de autoritarismo, que podem, sem o anteparo da lei, ser livremente exercitados. E **Zaffaroni**, mais à frente, confessa a impossibilidade de o direito penal atingir inteiramente os objetivos que lhe são assinados:

“O poder do estado de polícia (poder punitivo) nunca será erradicado pelo direito penal; a discussão entre abolicionistas e minimalistas se refere a modelos diferentes de sociedade e de estado, que se se realizam dependerão de outros fatores, mas nunca do discurso do jurídico-penal, que não pode determinar semelhantes câmbios radicais” (2000, p. 87).

Baratta, em primoroso trabalho sobre o período imediatamente antecedente ao nazismo, acentua a permeabilidade das teorias do direito penal a arroubos autoritários e diz, muito significativamente que:

“há um ramo da ordem jurídica, o direito penal, no qual a experiência dos regimes autoritários (e não só aquele nazista) deveria já ter sido incorporada à consciência crítica contemporânea e sugerir fortes reservas não só quanto aos instrumentos conceituais e às atitudes metodológicas que caracterizaram a ideologia e a praxe jurídica daqueles regimes, mas também quanto àqueles que, preparados ou estabelecidos no período precedente, se prestaram, precisamente

por sua ambigüidade ideológica, a desenvolver uma função preliminar ou direta nas comparações do direito penal autoritário; ou pelo menos não tenham sabido representar um eficaz ponto de resistência contra os novos conteúdos ideológicos irracionais e antiliberais, que, ao contrário, encontraram nesses as falhas mais hábeis para invadir e perverter o ordenamento jurídico inteiro” (1966, p. 46).

O processo penal é, também, campo fértil para as mais variadas manifestações de autoritarismo. O juiz que prende alguém durante o processo apenas em virtude da gravidade da acusação, o delegado que, contra a lei, omite fixar fiança ao preso em flagrante, e o promotor que oferece denúncia sem justa causa exercem abusivamente a autoridade que a lei lhes outorga. Uma sentença penal proferida sem que a defesa tenha tido a oportunidade de fazer sua manifestação final é um ato de poder que foi constituído de modo autoritário. Leis e práticas que irrazoavelmente concedam mais direitos à acusação do que à defesa ou que, de qualquer modo, que violem direitos individuais de defesa também são autoritárias. “É inegável que as decisões finais são co-determinadas pelo processo através do qual elas são produzidas”; essa lição de **Zippelius** (2007, p. 180) mostra a importância e as possíveis consequências de manifestações autoritárias no processo penal. Por fim, igualmente a execução penal é um terreno em que o autoritarismo costuma exercer forte influência, bastando que se verifique que não é cumprido o rol de direitos estabelecido pela Lei de Execução Penal no Brasil (cf. art. 41, l. 7.210/84).

2.2.2. Autoritarismo: elemento essencial a qualquer sistema penal

As diversas inter-relações entre autoritarismo e sistema penal, indicadas ao longo deste item, conduzem inevitavelmente à questão da essencialidade ou estruturalidade desse liame. Autoritarismo é um elemento essencial a (ou estrutural de) todo e qualquer sistema penal, ou seria um elemento incidental (ou conjuntural), próprio apenas a alguns sistemas penais específicos?

A natureza e a intensidade das inter-relações conduzem à conclusão de que o autoritarismo é, sim, elemento essencial, estrutural a todo e qualquer sistema penal. As causas, as modalidades e o grau de autoritarismo podem divergir (e evidentemente divergem, até mesmo no seio de um mesmo sistema penal), mas não há dúvida de que todo e qualquer sistema penal apresenta, em alguma medida, manifestações autoritárias. A violência estrutural ao poder, de que fala **Habermas** (1986, p. 88), encontra, no sistema penal, sua manifestação

mais candente. Diversos pontos mostram a estruturalidade da relação autoritarismo-sistema penal:

- (i) a existência de sistemas penais subterrâneos, que é característica essencial a qualquer sistema penal, é demonstração claríssima do autoritarismo mais simples, consistente no abuso de autoridade;
- (ii) a seletividade e a atuação predominante a partir de estereótipos, que constituem elementos estruturais a qualquer sistema penal, são precisamente características constitutivas do autoritarismo psicológico-social (cf. item 2.1.4);
- (iii) as circunstâncias de que todo e qualquer sistema penal apresenta manifestações de “poder punitivo inconstitucional, ilegal ou irracional”, e de que “um estado de polícia pulsa no interior de todo e qualquer estado de direito”, aliado ao fato de que apenas o discurso jurídico-penal é incapaz de extirpá-los completamente, também constituem demonstrações límpidas de que o autoritarismo é estrutural a todo e qualquer sistema penal.

Estas seriam apenas aquelas características autoritárias que, necessariamente, estão presentes em todo e qualquer sistema penal. É evidente, todavia, que em todo sistema penal haverá, em nível variável e na dependência de questões conjunturais, outras manifestações de autoritarismo que poderão acometer qualquer das agências do sistema penal, contaminar ainda mais a criminalização primária e a criminalização secundária e até contagiar o discurso jurídico penal, que sempre é última fronteira de resistência (e, com isso, ter a porta aberta para impregnar a totalidade do exercício do poder punitivo). As inúmeras advertências teóricas¹⁰⁸, hauridas de experiências práticas, de que o todo poder, mormente se não for adequadamente limitado, tende a se expandir mostram que todo e qualquer poder punitivo tende a se tornar autoritário.

De modo a ampliar a análise das inter-relações entre autoritarismo e sistema penal, buscando refutar, corroborar ou até estender as conclusões observadas a partir do cotejo e da concatenação de conceitos inerentes a ambos, parece imprescindível examinar sistemas penais concretos. Nos dois capítulos seguintes, analisarei o sistema penal alemão nazista (portanto, o sistema penal de um regime político profundamente autoritário) e o sistema penal brasileiro contemporâneo (portanto, o sistema penal de um regime político formalmente democrático).

¹⁰⁸ Apenas alguns exemplos: “Nenhum poder tende jamais a auto-limitar-se, e sim, sempre, a expandir-se; por isso, todo limite do poder confiado ao próprio poder tende a desaparecer” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, & SLOKAR, 2010, p. 63). “Quanto maior o poder, mais perigoso é o abuso”, de **E. Burke**, político inglês, do século XVIII, e “o poder ilimitado corrompe a mente dos que o possuem”, de **W. Pitt**, político inglês, do século XVIII (BARELLI & PENNACHIETTI, 2001, p. 498)

3

AUTORITARISMO NO SISTEMA PENAL NAZISTA

Em 30 de janeiro de 1933, o presidente alemão, **Paul von Hindenburg**, indicaria **Adolf Hitler** ao cargo de chanceler, em um gabinete misto, formado, em sua maioria, por membros de partidos das elites conservadoras e por apenas outros dois nazistas (**Hermann Göring** e **Wilhelm Frick**). Embora os nazistas tenham, portanto, ascendido ao poder pelas vias legais, logram muito rapidamente transformar inteiramente o sistema político alemão, transmutando-o em um regime profundamente autoritário. Em menos de um ano e meio, a Alemanha, um país com federação, pluripartidário, com divisão de poderes e direitos fundamentais (um verdadeiro Rechtsstaat), passaria a um estado de polícia centralizado, monopartidário, sem direitos fundamentais, com uma terrível política racial, sem eleições diretas, populares e periódicas e, tendo, no cume, um líder (Führerstaat) (WESEL, 2006, p. 496).

Essa virada autoritária do regime político era a conseqüência natural do marcadamente autoritário ideário nazista. Tal ideário assentava suas fundações em concepções nacionalistas, raciais, anti-semitas e anti-individualistas. O regime nazista constitui exemplo claro de um período da humanidade em que o complexo fenômeno do autoritarismo, em todas as facetas, experimentou notável predomínio em todos os campos do Estado e da sociedade, com desastrosas conseqüências sociais; aliás, como se viu, foi a partir das experiências do nazifascismo que se deflagraram as primeiras investigações sobre a psicologia social do autoritarismo e sobre o totalitarismo.

O autoritarismo nazista se estende e se manifesta, como já se indicia (e como crê-se ficará provado ao final do capítulo), em todos os quatro contextos de autoritarismo. Os nazistas não ocultavam, nem escondiam, de modo algum, suas inspirações e seus objetivos autoritários de dominação; ao contrário, a instituição de um estado autoritário era objetivo declarado dos nazistas e, em vários campos do saber, diversos especialistas se dedicavam a forjar o conhecimento de acordo com os postulados da ideologia e da visão de mundo (Weltanschauung) nazista. Mesmo antes da subida de **Hitler** ao poder, a partir do momento em que o Partido nazista logrou melhores resultados nas eleições parlamentares (a partir do início da década de 1930), penalistas alinhados ao nazismo passaram a pugnar explicitamente

por um direito penal autoritário (em contraposição ao direito penal liberal que predominava na República de Weimar): basta, por ora, referir um ensaio de **Georg Dahm** e **Friedrich Schaffstein**, aparecido entre dezembro de 1932 e janeiro de 1933, e intitulado “Direito Penal liberal ou autoritário?”, em que os autores defendiam a superação do individualismo, do racionalismo e do materialismo que, hauridos do Iluminismo, teriam impregnado o direito penal (*Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933). Esse movimento rumo a um direito autoritário, evidentemente, se intensificaria muito ao longo do regime nazista.

No início da década de 1930, a ciência do direito alemão já havia atingido notável nível de elaboração teórica.¹⁰⁹ Basta dizer que a antijuridicidade e a culpabilidade já haviam sido separadas (por obra de **Rudolph von Ihering** sobre o direito civil em 1867, posteriormente introduzida no direito penal por **Franz v. Liszt**), o tipo penal já havia sido teoricamente elaborado por **Ernst Beling** (desde 1906, e com reformulações em 1930) e subjetivado (pelas contribuições de **Fischer**, de **Hegler**, de **Max Ernst Mayer** e de **Mezger**), a teoria da culpabilidade já havia sido profundamente modificada pelas sucessivas colaborações de **Reinhard Frank**, de **James Goldschmidt**, e de **Bertold Freudenthal**, a culpa *stricto sensu* já estava sendo conceituada como violação de cuidado objetivo (por colaboração de **Karl Engisch**), e, em 1931, a teoria finalista da ação aparecia incipiente (em artigo de **Hans Welzel**). Por isso, talvez não haja paradigma melhor do que o sistema penal alemão nazista para avaliar quais as repercussões que o autoritarismo, em todos os seus contextos, pode ter na ciência do direito penal.

Neste capítulo, buscar-se-á examinar quais as repercussões do autoritarismo nazista em termos de poder punitivo, legislação penal e de ciência do direito penal. Tal exame mostrará, ao que me parece, que o ideário autoritário nazista contaminou todo o sistema penal alemão, confirmando, no âmbito de um sistema penal concreto, a tese defendida no item anterior (2.2.2) de que o autoritarismo é elemento estrutural dos sistemas penais; os fatores conjunturais do autoritarismo nazista mostrarão, em grau inacreditável, em que medida um sistema penal pode ser quase inteiramente pervertido pelo autoritarismo.

Embora o regime político de **Adolf Hitler** tenha desaparecido em 1945, importantes penalistas, desde então, vislumbram inspirações nazistas em diversas propostas político-criminais. Já em 1947, **Jimenez de Asúa** denunciava que importantes correntes da política

¹⁰⁹ **Muñoz Conde**, em seu livro sobre **Edmund Mezger**, diria que, durante a República de Weimar, a ciência do direito penal atingiu seu “ponto culminante, elevando às mais altas cotas de elaboração intelectual a estrutura dogmática da teoria do delito” (2005, p. 2)

criminal tinham “parentesco inconsciente” com a do nazismo (1947, p. 64). **Zaffaroni**, ao prefaciar recentíssima tradução de obra de **Grispigni** e **Mezger** publicada durante o nazismo, garante que decifrar a política criminal nazista permite descobrir “que selo de origem têm algumas propostas político-criminais do presente” (La reforma penal nacional-socialista, 2009).

Para uma melhor compreensão da autoritária ideologia nazista e de sua capacidade de transformar o exercício de poder pelo Estado e pela sociedade, bem como inúmeros campos do saber (inclusive, evidentemente, o direito e o processo penais), na Alemanha entre 1933 e 1945, é de suma importância um breve esboço histórico, ao qual adiante se passa.

3.1. Percurso histórico da dominação nazista

Hans-Ulrich Wehler, importante historiador alemão contemporâneo, diz que desde o século XIX na Alemanha, e se estendendo durante a República de Weimar, havia no ar uma fusão de dois poderosos conglomerados de idéias: o nacionalismo e o socialismo. Sob a égide de um “nacionalismo socialista” havia, portanto, um enorme potencial de arregimentação de forças políticas e sociais (EISENHARDT, 2008, p. 414). O nacionalismo, como indicado no item 2.1.3, passaria a ter, ao longo da segunda metade do século XIX, um sentido fechado, um sentido de comunidade excludente dos não-nacionais (não mais evocava abertura e universalidade, como originalmente na época da Revolução Francesa) e seria, na Alemanha, vinculado ao movimento romântico (que era uma reação ao Iluminismo).¹¹⁰ O socialismo, por igual, surgiria, ao longo do século XIX, passaria pelas Revoluções de 1848, e teria importantes formulações por parte de **Karl Marx** e de **Friedrich Engels**, ambos alemães. Complementando **Wehler**, havia, no início do século XX, um terceiro conglomerado poderoso de idéias, a partir do darwinismo social: o racismo (como, aliás, se procurou mostrar no item 2.1.3, supra).

A República de Weimar, período imediatamente anterior ao domínio nazista, se estendeu desde o fim da Grande Guerra¹¹¹ (em novembro de 1918) até a ascensão de Hitler (em janeiro de 1933) e foi, desde o início, um período bastante conturbado da história alemã. As terríveis conseqüências humanas, sociais e econômicas da Primeira Guerra levariam a

¹¹⁰ RUSSELL, História do Pensamento Ocidental, 2001, p. 333. Para a discussão sobre em que medida o próprio nazismo era fruto do romantismo ou, ao menos, dele se aproveitou, v. SAFRANSKI, Romantismo: uma questão alemã, 2010, p. 315ss.

¹¹¹ Só depois da 2.^a Guerra Mundial é que a Grande Guerra de 1914-1918 passou a ser conhecida como 1.^a Guerra Mundial.

agitações políticas. A derrota da Alemanha na Grande Guerra (que, para a população, pareceu súbita), a abdicação e a fuga do **Kaiser Wilhelm II**, e o medo de que os espartaquistas (chefiados por **Rosa de Luxemburgo** e por **Karl Liebknecht**) proclamassem uma república comunista (afinal, em 1917, a Rússia se tornara comunista), levou a que, em Berlim, no dia 09.11.1918, o político **Philipp Scheidemann**, do partido social-democrata, proclamasse, da janela do Reichstag, a República Alemã (WESEL, 2006, p. 446; SHIRER, 2008, pp. 84-5).

A rendição na Grande Guerra e a aceitação do Tratado de Versalhes eram vistas como uma traição ao povo. Pelo Tratado de Versalhes, assinado em 28.06.1919, a Alemanha perdia 13% de seu território, com 75% das jazidas de ferro e 25% das minas de carvão do país. A Alsácia-Lorena era devolvida aos franceses e uma parte da Prússia, que era o mais importante estado alemão, passou a fazer parte da recém-criada Polônia. Nos termos do tratado, a Alemanha ainda era obrigada a pagar reparações que chegavam a 226 bilhões de marcos de ouro (WESEL, 2006, p. 446). A Alemanha também seria excluída de participação no cenário internacional, como mostra o fato de que foi impedida de integrar a Sociedade das Nações (também conhecida como Liga das Nações). Algumas semanas depois da assinatura do tratado, em 11.08.1919, a Constituição da nova República seria promulgada na cidade de Weimar (a cerca de 300 km a sudoeste de Berlim), pois Berlim parecia muito insegura, após uma tentativa dos comunistas de tomar o poder.

A partir de um outro partido (Deutsche Arbeiterpartei, fundado no início de 1919), o partido nazista (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei – NSDAP) surgiria em 24.02.1920 (sendo, a partir do ano seguinte, presidido por **Hitler**) e buscaria unir os três poderosos conglomerados de idéias acima referidos (o nacionalismo, o socialismo e o racismo), apresentando vários pontos da visão de mundo e da ideologia nazistas. No programa do partido, pregava-se a união de todos os alemães sob uma só Grande Alemanha (Groß-Deutschland) e a revogação dos tratados de paz de Versalhes e de Saint Germain, que, na sua concepção, colocavam os alemães em posição inferior perante os outros povos (pontos 1 e 2). Pretendia-se a obtenção de terras para a alimentação do povo (ponto 3) e a criação de um exército do povo (ponto 22). Esses pontos traziam as pretensões nazistas de conquista de terras e de rearmamento.

Os judeus, ainda que nacionais alemães, deviam ser destituídos da cidadania alemã. Estabelecia o programa que somente poderia ser cidadão (Staatsbürger) quem fosse companheiro do povo (Volksgenosse). E somente era companheiro do povo quem tivesse sangue alemão (deutscher Blut); por isso, nenhum judeu poderia ser companheiro do povo

(ponto 4, in fine: “Kein Jude kann daher Volksgenosse sein”). Quem não fosse cidadão só poderia viver na Alemanha como hóspede (Gast) e estaria sujeito a legislação especial (ponto 5). Somente cidadãos poderiam exercer cargos públicos (ponto 6); o Estado deveria se preocupar primeiro com as condições de vida dos cidadãos e, em não sendo possível cuidar de toda a população, os não-cidadãos deveriam ser expulsos (ponto 7), e a imigração de não-alemães deveria ser impedida (ponto 8).

O programa também abordava, com moderado tom socialista, alguns pontos sobre temas econômicos, proclamando que a atividade do indivíduo jamais poderia se voltar contra os interesses da coletividade (a utilidade pública deveria vir antes do proveito pessoal: “Gemeinnutz vor Eigennutz” — pontos 10 e 24), e exigindo mudanças na política de juros (ponto 11), estatizações (ponto 13), participação nos lucros de grandes empresas (ponto 14), reforma agrária e fim de especulações sobre a terra (ponto 17), etc. Muitos autores indicam que esses pontos econômicos não eram muito importantes para **Hitler**, e eram provavelmente elencados para atrair membros das classes sociais mais desfavorecidas, que se seduziam por ideias socialistas; a posterior aliança dos nazistas com os donos do capital mostra a pouca seriedade do programa nazista no que toca a questões econômicas.

Quanto ao direito, o ponto 19 do programa exigia a substituição do direito romano (que supostamente serviria a uma visão de mundo materialista) por um direito alemão comum. E também se pregava luta impiedosa contra aqueles que, por sua atividade, trouxessem danos ao interesse geral; criminosos comuns do povo, usurários e traficantes deviam ser punidos com a pena de morte (ponto 18).

O programa declarava que o partido adotava um ponto de vista cristão, sem, contudo, se ligar a uma crença específica, e permitia uma liberdade de crença religiosa restrita, desde que sua existência não colocasse em perigo ou violasse o sentimento de moralidade e de bons costumes da raça germânica (ponto 24). A religião judaica evidentemente não seria tolerada, até porque o programa estabelecia, no mesmo ponto, que o espírito judeu-materialista devia ser combatido.

Os nazistas ainda defendiam ampla intervenção na imprensa contra a difusão de “mentiras políticas” (politische Lüge), devendo ser criada uma “imprensa alemã”: o diretor e os colaboradores de jornais em língua alemã deveriam ser companheiros do povo; jornais não-alemães precisavam de autorização expressa do Estado e, de qualquer modo, não poderiam ser impressos em língua alemã; a participação financeira ou influência de não-alemães em jornais alemães era proibida e eram previstas penas de fechamento do jornal e de expulsão do não-

alemão; e jornais que atentassem contra o bem estar geral eram proibidos (ponto 23). Por isso, dizia-se, expressamente, que a realização desses pontos seria buscada através da criação de um forte poder central do Reich (ponto 25).

Em fins de 1922, o elevado montante das reparações de guerra, as despesas com a previdência social, os custos de manutenção das viúvas e dos órfãos de guerra, a enorme emissão de papel-moeda (que, na Alemanha, como em outros lugares, havia financiado a guerra) e a ocupação do Ruhr por franceses e belgas causariam uma inflação galopante. Na eclosão da 1.^a Guerra Mundial, 4,2 marcos valiam um dólar; em janeiro de 1920, a proporção era de 64,8 para cada dólar; e em 1922, a cotação saltou para 17.972 marcos. No ano seguinte, a inflação atingiu o ápice, queimando uma enorme parte da riqueza nacional.

No final de 1923, insuflados pela inflação daquela época e pela ocupação do Ruhr, os nazistas tentariam em Munique um golpe de Estado, que foi sufocado. Acusado de alta traição (Hochverrat), **Hitler** ficaria preso por apenas cerca de nove meses (quando escreveria o primeiro volume de *Mein Kampf*), sendo solto ao fim de 1924. Em 1925 e 1926, seriam publicados os dois volumes do livro (só em 1930 os dois volumes seriam fundidos em um só). *Mein Kampf* era, em essência, uma autobiografia fortemente estilizada de **Hitler**, que, mal escrita, seria melhorada por um exército de redatores (PIPER, 2007, p. 47), mas trazia, em seu original volume II, um resumo do programa político do chefe do NSDAP, que consistia: **(i)** na união de todos os alemães (principalmente da anexação da Áustria), **(ii)** a mobilização da força de trabalho por um socialismo nacional; **(iii)** a aniquilação da contra-raça (Gegenrasse) judaica como pré-condição para a sobrevivência da própria raça ariana; **(iv)** a conquista do necessário espaço vital (Lebensraum) para os alemães ao leste da atual Alemanha; **(v)** a superação de divergências de opinião e de facções partidárias em favor de um estado forte, que se funde no princípio germânico do Führer e da fidelidade. O *Mein Kampf*, tratado como livro fundamental do movimento nazista, já trazia, portanto, uma clara indicação das pretensões bélicas de **Hitler**, e constituía também uma declaração de guerra ao povo judeu (PIPER, 2007, p. 48).

Em agosto de 1924, os países vencedores da guerra, percebendo que a Alemanha não tinha condições de pagar as reparações, engendraram um plano econômico (conhecido como Plano **Dawes**¹¹²) para viabilizar esses pagamentos. O plano previa a desocupação do Ruhr, o

¹¹² Tal denominação se deve ao fato de ter sido redigido pelo banqueiro norte-americano **Charles Gates Dawes** (1865-1951), diretor de orçamento da Casa Branca. O plano econômico deu enorme prestígio a **Dawes**, que foi eleito Vice-Presidente

parcelamento das reparações, um empréstimo de 800 milhões de marcos à Alemanha, e a reorganização do Reichsbank sob a supervisão dos vencedores.

Embora submetida ao jugo dos vencedores, a Alemanha alcançou relativa estabilidade econômica no lustro final da década de 1920, principalmente após a implantação do plano econômico (WESEL, 2006, p. 493). Entre 1924 e 1929, a Alemanha viveria os anos dourados de Weimar (*Goldene Zwanziger*), que veriam estabilidade econômica e formidável efervescência cultural. Em 1925, **Paul von Hindenburg**, marechal da Grande Guerra, seria eleito presidente. Pela atuação do Ministro de Relações Exteriores, **Gustav Stresemann**, a Alemanha melhoraria relações com outras nações (estabelecendo, p.ex., os tratados de Locarno) e seria admitida, em 1926, na Sociedade das Nações. Em 1927, a Alemanha atingiu o nível de produção de antes da guerra e retornou a um sistema de importações e exportações (GRUNBERGER, 2005, p. 17).

Novas dificuldades econômicas e políticas começariam em outubro de 1929. A dependência alemã frente à economia americana fez com que o crack da Bolsa de Nova York se abatesse fortemente sobre a economia alemã. O desemprego recrudescera maciçamente (passou de 8,5% em 1929, para 29,9% em 1932)¹¹³, os salários sofreram uma fortíssima contração e os preços continuaram a aumentar. Grandes empresas iriam à falência (EBEL & THIELMANN, 2003, p. 410). À pobreza crescente se juntava um difundido senso de frustração e de falta de perspectivas. Em 1932, a taxa alemã de suicídios era o dobro da taxa americana e o quádruplo da inglesa (GELLATELY, 2011, p. 34). Politicamente, o presidente **Hindenburg** e seu entorno queriam por de lado a democracia parlamentar e realizar uma reforma constitucional favorável às antigas elites prussianas. Os chanceleres **Brüning**, **von Papen** e **Schleicher** já vinham governando sem o Reichstag, por meio de decretos emergenciais (WESEL, 2006, p. 493). A crise econômica foi uma das causas fundamentais para o colapso definitivo da república, pois, de um lado, ensejou uma radicalização das massas, dispostas a tudo para sair da angustiante miséria e, de outro, concedeu às classes conservadoras a ocasião para desferir o golpe definitivo no sistema de governo que havia se firmado em 1918.

As inseguranças sociais e econômicas enfrentadas pela Alemanha a partir da crise de 1929 levariam a que o povo se passasse a encarar a República, o parlamentarismo e, em

dos EUA no fim de 1924, e agraciado no ano seguinte, precisamente em virtude desse plano, com o Prêmio Nobel da Paz (!).

¹¹³ **Grunberger** fala em 1,3 milhões de desempregados em setembro de 1929, e 5,1 milhões em setembro de 1932 (2005, p. 21).

última análise, a própria democracia como problemas: acreditava-se que a democracia não funcionava, o que, diz **Grunberger**, era uma convicção já antiga das elites (2005, pp. 15-6). A oposição política, durante a República de Weimar, não era, assim, uma oposição que buscava uma democracia que funcionasse; ao contrário, a democracia e a República eram considerados, pela oposição, o inimigo (EISENHARDT, 2008, p. 415).

Insuflado pelo medo decorrente da terrível crise econômica (“medo de proletarização da classe média”, cf. BRACHER, 1999, p. 810), formava-se, assim, um autoritarismo psicológico-social no seio do povo alemão, que, aliado ao sentimento de nacionalismo, o tornava propício a aceitar um líder que passasse uma imagem forte: e esse espaço foi habilmente ocupado por **Hitler**. **Gilles Deleuze**, em conversa com **Foucault**, dizia que: “é preciso ouvir a exclamação de Reich: não, as massas não foram enganadas, em determinado momento elas efetivamente desejaram o fascismo”; **Foucault**, concordando, acrescentaria: “as relações entre desejo, poder e interesse são mais complexas do que geralmente se acredita” (FOUCAULT, 2003, p. 77).

A partir de fins de 1929, o partido nazista experimentou grande crescimento. Um efficientíssimo uso da propaganda (que tratava a rendição na guerra e a assinatura do tratado de Versalhes como uma punhalada nas costas do povo alemão), aliado a um discurso altamente nacionalista (que apontava os não-arianos como bodes expiatórios, sendo os judeus apátridas sanguessugas) e à situação econômica causada pela Crise de 1929, os nazistas conseguiam granjear cada vez mais adeptos. Entre 1925 e 1930, o número de membros do partido cresceu de 25 mil para 130 mil. A participação dos nazistas no Reichstag cresceria exponencialmente: em 1928, apenas 2,8%; em setembro de 1930, já tinham 18,3% (tornando-se o segundo maior partido, atrás apenas do SPD); em 1932, chegariam à condição de maior partido da Alemanha, obtendo 37,3% nas eleições de julho e 33% nas eleições de setembro.

As elites prussianas (latifundiários, industriais e militares), que apoiavam o presidente **Hindenburg**, e os nazistas tinham um inimigo comum: os comunistas¹¹⁴. O partido comunista também vinha experimentando um crescimento, conquanto mais discreto, no Reichstag: em setembro de 1930, eles detinham 13,1%; em julho de 1932, 14,3%; e em setembro de 1932, chegariam a 16,9%, se aproximando dos social-democratas (o segundo partido). Havia, portanto, um grande receio, até pela instabilidade sócio-econômica, de que os comunistas pudessem chegar ao poder.

¹¹⁴ **Bracher** diz que o ‘espantinho vermelho’ da revolução comunista completou a tarefa de tornar exército e burocracia, classe média e patrões, objeto de fácil conquista (1999, p. 809).

Imaginavam as elites prussianas que poderiam usar os nazistas em benefício próprio, convencendo o presidente **Hindenburg** a indicar **Hitler**, em 30.1.1933¹¹⁵, para o cargo de chanceler.¹¹⁶ Foi, naquele momento, formado um gabinete misto, com políticos conservadores ou ligados à Igreja (**von Papen** era vice-chanceler) e uma minoria de nazistas (p.ex., **Hermann Göring**). Os objetivos de **Hitler**, ao assumir a chancelaria, eram claros: **(i)** politicamente, um estado central forte (que depois deveria se tornar um autoritário estado do Führer, um claro estado de polícia, em que o que valia era a vontade do governante); **(ii)** economicamente, incentivar a retomada do crescimento; **(iii)** biopoliticamente, unificar e “purificar” a raça ariana e afastar os judeus; e **(iv)** territorialmente, expandir as terras alemãs, com a conquista de Lebensraum (espaço vital) para a Alemanha. **Hitler** iria atingir esses objetivos com uma velocidade estonteante.

Ficaria claro, desde o início, que os comunistas não teriam vez. Dois dias após a tomada do poder, em 01.02.1933, o Reichstag seria dissolvido, sendo chamadas eleições parlamentares para o dia 05.03.1933 – o objetivo era, evidentemente, deter um Parlamento afinado com os objetivos dos nazistas. Como meio de protesto, o Partido Comunista convocaria uma greve geral, que daria ensejo a que **Hitler** convencesse **Hindenburg** a baixar um decreto, publicado em 04.02.33 (Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des Deutschen Volkes), e que, sob o pretexto de proteção do povo alemão, restringia o direito de reunião e a liberdade de imprensa.

Esse decreto seria usado profusamente para que os comunistas não pudessem ter iguais condições nas eleições que viriam. A máquina de repressão penal seria usada para perseguir politicamente e punir os comunistas, o que também era funcional para obter o controle do Parlamento, e para granjear apoio financeiro dos donos do grande capital. Em 20.02.33, **Hitler** se encontraria com grandes industriais, requerendo e obtendo deles vultosos fundos para a campanha eleitoral.¹¹⁷

O incêndio do Reichstag (ocorrido em 27.2.1933) seria o pretexto para que, no dia seguinte, fosse editado, “para proteção do povo e do Estado”, outro decreto terrível¹¹⁸, que **(i)**

¹¹⁵ Os nazistas passariam a chamá-lo “Tag der Machtergreifung”: dia da tomada do poder, comemorando-o ano a ano, como o início do que chamavam Revolução nacional-socialista. **Piper** diria, com razão, que menos do que uma tomada de poder, o que havia ocorrido era uma entrega do poder, por parte das antigas elites (2007, p. 114).

¹¹⁶ Como diz Russell, Hitler, assim como Lenin e Mussolini, deve sua ascensão à democracia (1986, p. 26)

¹¹⁷ **Piper** informa que, em meio a uma variedade de doadores de campanha, a IG Farben, o Bergbau (cada um com 400 mil marcos) e o Deutsche Bank (com 200 mil marcos), doariam as maiores quantias (2007, p. 115).

¹¹⁸ A Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, de 28.03.1933, a partir de um projeto apresentado por **Frick** (SEEBODE, 2001/2002, p. 207), acabava com a liberdade pessoal, a liberdade de expressão do pensamento (inclusive liberdade de imprensa), o direito de reunião e de associação, a inviolabilidade das comunicações postais,

afastava diversos direitos fundamentais, **(ii)** centralizava o poder político (em detrimento da autonomia das províncias [Länder]), **(iii)** previa pena de morte para vários delitos do Código Penal (tais como incêndio, alta traição, etc.), para a tentativa, a instigação, a oferta, a aceitação de oferta e a combinação de matar o presidente ou outro membro do governo do Reich, para a desordem pública ou a violação de domicílio (se praticadas com arma), e para o seqüestro político; e **(iv)** criava um crime de desobediência, para quem resistisse a cumprir ou violasse os decretos editados com base nessa lei (ou instigasse tais condutas).

Este decreto constituiu a lei fundamental de exceção do domínio nazista, não sendo nunca mais revogada (EBEL & THIELMANN, 2003, p. 414). Muitos inimigos políticos foram presos, colocados sob Schutzhaft (“prisão de proteção”), que era uma prisão administrativa, contra a qual não cabia habeas corpus.¹¹⁹ Uwe Wesel assegura que os campos de concentração nazista começaram logo após esse decreto de 28.02.1933 (2006, p. 495); em idêntico sentido: EISENHARDT, 2008, p. 417.

O incêndio do Reichstag foi considerado pelos nazistas, desde o início, como uma sublevação comunista. Shirer narra que Göring, logo ao chegar ao local do incêndio, teria proclamado que aquilo se tratava de um crime comunista.¹²⁰ Ainda é objeto de candente discussão a hipótese de que o incêndio do Reichstag teria sido armado por membros das forças de segurança do próprio partido nazista¹²¹ para impressionar a opinião pública (pois, em uma semana, realizar-se-iam novas eleições para o Parlamento alemão) e para permitir repressão política contra os comunistas, que, de fato, foi exercida brutalmente. Quando Hitler assumira, em 30.01.1933, os governistas não tinham maioria no Parlamento (tinham 247 das 583 cadeiras), o que os obrigava a ter que buscar o apoio dos partidos do centro (SHIRER,

telegráficas, e telefônicas. Ordens de buscas domiciliares, confiscos e limitações patrimoniais eram admitidas. Permitia que o Poder Executivo federal tomasse, por decreto, medidas emergenciais para a segurança pública e a ordem, se o governante da Land não as tomasse.

¹¹⁹ EISENHARDT, 2008, p. 417. Sobre a Schutzhaft, vide item 3.3 (sobre o sistema penal subterrâneo), infra.

¹²⁰ Vejamos o trecho de Shirer: “Isto era um crime, um crime comunista, proclamaram tão logo chegaram ao incêndio. Göring, transpirando e bufando, completamente fora de si pela excitação, ali mesmo diante deles, clamava aos céus, como depois recordou Papen, que ‘este é um crime comunista contra o novo governo’. Para o novo chefe da Gestapo, Rudolf Diels, Göring gritava: ‘Isto é o principio da revolução comunista! Não devemos esperar um minuto. Não teremos piedade. Todo funcionário comunista deve ser morto, onde for encontrado, todo deputado comunista deve nesta mesma noite ser enforcado.’” (2008, p. 263).

¹²¹ Assim, EISENHARDT, 2008, p. 416. A versão de Essa versão parece verossímil, se se lê a anotação de Goebbels em seu diário em 31.1.1933, transcrita por Shirer: “Numa conferência com o Führer estabelecemos a linha para a luta contra o terror vermelho. Por ora nos absteremos de contramedidas diretas. A tentativa bolchevista devia, primeiro, explodir em chamas. No momento adequado atacaremos” (SHIRER, 2008, p. 261). Três dias antes do incêndio, a polícia nazista havia invadido a Karl-Liebknecht Haus, quartel-general comunista, que os líderes comunistas havia abandonado algumas semanas antes: Göring faria um comunicado de que teriam sido encontrados “documentos” que mostrariam que os comunistas estariam prestes a desencadear uma revolução (SHIRER, 2008, p. 262). Victor Klemperer anotaria, com toda a clareza, em seus famosos diários: “Oito dias antes da eleição, aquele episódio grosseiro do incêndio do Reichstag, do parlamento – não consigo imaginar que alguém realmente acredite em autoria comunista, em vez de trabalho encomendado pela SS” (KLEMPERER, 1999, p. 13).

2008, p. 259); a busca por uma vitória no pleito eleitoral era vital para que os nazistas obtivessem a maioria pretendida.¹²²

No episódio do Reichstag, foi preso um jovem, **Marinus van der Lubbe**, holandês, ajudante de pedreiro, com convicções comunistas. Deputados comunistas também foram presos, e os nazistas insistiam na versão de que se tratava de uma sublevação comunista. O episódio, que, no mínimo, os nazistas exploraram bem, impressionou o eleitorado e fez com que o partido nazista tivesse um resultado importante no pleito de 05.03.1933: o NSDAP passou a ter 44,5% das cadeiras do Parlamento (tinha antes 33,1%), e o partido comunista (KPD) caiu para 12,5% (tinha antes 16,9%).¹²³

Desde o início, os nazistas queriam a pena de morte para os acusados do incêndio do Reichstag (como já mostrava a “sentença” de **Göring** ao chegar ao local dos fatos). Ocorre que o CP vigente ao tempo do incêndio não previa a pena de morte para o crime, que só foi estabelecida pelo decreto do dia seguinte. **Hitler** exigia¹²⁴ que este decreto fosse aplicado retroativamente e até pretendia criar um tribunal especial (Sondergericht) para julgar este caso específico; todavia, **Hindenburg** somente admitia tais providências se elas não violassem a Constituição (SEEBODE, 2001/2002, p. 208). Os nazistas encomendaram, assim, a três juristas, **Friedrich August Oetker**, **Johannes Nagler** e **Hellmuth v. Weber**, um parecer acerca da constitucionalidade da retroatividade de lei penal mais gravosa e da possibilidade de criação de um tribunal especial.

Quanto à questão da retroatividade da lei penal mais gravosa, **Oetker**, **Nagler** e **v. Weber** sustentariam, neste parecer¹²⁵, que as redações diferentes do princípio da legalidade na Constituição de Weimar¹²⁶ e no Código Penal¹²⁷, resultariam em que somente seria inconstitucional a retroação de uma lei que criminalizasse um fato antes impunível, e que o “mero” agravamento de pena seria questão de legalidade infraconstitucional (que poderia ser resolvida pela edição de uma nova lei): o art. 116 da Constituição de Weimar só cuidou do “se” da punibilidade, enquanto que o § 2, 1, do CP, ao contrário, cuidou tanto do “se” quanto

¹²² No dia seguinte ao incêndio, **Hitler** já dizia que deveriam conquistar 51% dos votos nas eleições que se aproximavam (SEEBODE, 2001/2002, p. 207)

¹²³ É evidente que estas eleições não podem ser consideradas livres (EISENHARDT, 2008, p. 417).

¹²⁴ Tal questão foi, inclusive, objeto de uma reunião ministerial (em 07.03.1933, logo após as eleições): nessa reunião, **Hitler** impôs sua exigência, dizendo inclusive que iria falar pessoalmente com o presidente do Reichsgericht (o tribunal de cúpula, então competente para o julgamento). No site http://germanhistorydocs.ghdc.org/sub_document.cfm?document_id=1495, há um resumo, em inglês, dos apontamentos dessa reunião.

¹²⁵ Vide a íntegra, em fac-símile, do parecer, como anexo A a esta tese.

¹²⁶ “Art. 116. Uma ação só pode ser apenada quando esta pena estava determinada legalmente antes de a ação ter sido realizada.”

¹²⁷ “§ 2. Uma ação só pode ser apenada quando esta pena estava determinada legalmente antes de a ação ter sido realizada. Em caso de diferentes leis, entre o tempo da realização da ação e seu julgamento, deve ser aplicada a lei mais branda”

do “como” da punibilidade (1933, p. 3). Quanto à questão da criação de um tribunal especial para julgar o Reichstagbrand, os pareceristas diriam que seria necessária uma emenda constitucional (pois o Art. 105¹²⁸ da Constituição de Weimar impedia inequivocamente tribunais de exceção), e sugerem, ao revés, medidas de aceleração do processo (dispensa da investigação prévia, do procedimento de abertura, e o encurtamento de prazos) (1933, p. 5).

Até o fim do mês de março de 1933, os nazistas, com o caminho das pedras indicado pelos pareceristas, buscariam resolver estes “inconvenientes” jurídicos, com dois golpes letais à democracia já claudicante. Primeiramente, lograriam a edição¹²⁹ de uma lei que conferiria plenos poderes ao governo do Reich (Ermächtigungsgesetz) e que lhe permitia, sem limitação temática, editar leis (inclusive emendas constitucionais) e firmar tratados internacionais. Esta Ermächtigungsgesetz propiciava clara violação ao princípio democrático da tripartição de poderes, e seria o fundamento formal de quase toda a posterior legislação nazista (MÜNCH, 2004, p. 14). Diz **Eisenhardt** que as poucas disposições limitativas dessa lei seriam constantemente violadas (2008, p. 417). A guinada dada pela Ermächtigungsgesetz levaria **Carl Schmitt** a proclamar, não sem razão, que: “A Constituição de Weimar não vale mais” (1934, p. 5).¹³⁰

O segundo golpe seria a edição, em 29.3.33, de uma lei que permitia a aplicação a aplicação do decreto de 28.2.1933 a fatos ocorridos entre 31.1.1933 e 27.2.1933: com isso, atingia o objetivo nazista de habilitar a imposição da pena de morte aos acusados pelo Reichstagbrand. **Wesel** diz que o decreto da retroatividade foi a primeira de uma série de derrotas do ministério da justiça na defesa de princípios do estado de direito. Depois que este dique se rompeu, várias rupturas se seguiram (2006, p. 497). Estava instituída a ditadura, e o primeiro ato era precisamente revogar o princípio da irretroatividade da lei penal. Restava saber como o Reichsgericht iria se posicionar...

O processo criminal pelo incêndio do Reichstag foi instaurado, perante o Reichsgericht, contra cinco réus: além de **van der Lubbe**, foram acusados **Ernst Torgler**, líder do partido comunista, e três búlgaros, **Dimitroff**, **Popoff** e **Taneff**, que trabalhavam no escritório ilegal da Internacional Comunista em Berlim. Nas investigações, haviam sido

¹²⁸ “Art. 105. Tribunais de exceção são proibidos. Ninguém pode ser subtraído ao seu juiz natural (gesetzlichen Richter). As disposições legais sobre tribunais de guerra e cortes marciais permanecem inalteradas. São extintos os tribunais militares de honra”.

¹²⁹ Essa lei somente seria aprovada a partir da declaração de vacância, com base no decreto de 28.2.1933, das 81 cadeiras comunistas no Parlamento.

¹³⁰ Pode-se dizer, comparando com o Brasil da ditadura militar, que a Ermächtigungsgesetz dos nazistas foi o nosso Ato Institucional n.º 5.

ouvidas mais de 500 testemunhas, formando 32 volumes de autos. O juiz que conduziu as investigações preliminares foi indicado pelo governo e indeferia todos os requerimentos defensivos. As audiências no Reichsgericht começaram em 21.09.1933 sob grande atenção internacional. **Hitler** exigia a condenação de todos e havia tensão sobre como o Tribunal iria reagir. Os réus eram mantidos algemados o tempo inteiro, mesmo durante as audiências; foi-lhes negado o direito de escolher seus próprios advogados (que foram indicados pelo Tribunal). Nas audiências, ficou claro que **Torgler** e os três búlgaros eram inocentes. A sentença saiu em 23.12.1933. O tribunal preferiu um caminho intermediário: **van der Lubbe** foi condenado à morte (como **Hitler** queria), mas os quatro co-réus foram absolvidos (contra a vontade de **Hitler**) (WESEL, 2006, p. 497). O Reichsgericht seguiu a fundamentação do parecer de **Oetker, Nagler e v. Weber**, declarando que a lei de 29.3.33 era constitucional, pois a Constituição de Weimar não impedia retroatividade de “mero” agravamento de pena (WERLE, 1989, p. 75). **Van der Lubbe** seria guilhotinado poucos dias depois, em 10.01.1934.

A absolvição dos quatro co-réus, na visão dos nazistas, ia muito longe, porque excluía a teoria de uma conspiração comunista. Houve uma grita furiosa por parte dos nazistas. O resultado apareceria logo depois: os quatro acusados absolvidos seriam submetidos, logo após a decisão, a Schutzhaft (prisão de proteção)¹³¹; os búlgaros foram, em seguida, deportados e **Torgler** só foi solto em 1936. E em 24.04.1934 (quatro meses depois da sentença), seria criado o Volksgerichtshof: com sede em Berlim, passaria a ter competência originária para processar e julgar casos de alta traição e de traição à pátria, que era retirada do Reichsgericht.

Em 14.07.1933, é editada lei que proclama que o partido nazista é o único partido da Alemanha (§ 1), e criminaliza a tentativa de criação de outros partidos, com pena de prisão de até 3 anos (§ 2) (Gesetz gegen die Neubildung von Parteien). Novas eleições, sem liberdade alguma, eis que baseadas em uma lista unitária, seriam realizadas em 12.11.33; nessas eleições, o partido nazista passaria a deter 92,1% dos deputados do Reichstag (MÜNCH, 2004, p. 14). O Reichstag seria mantido, a partir daí, como um órgão de mera aclamação: entre 21.03.33 e 06.10.39 (ou seja, num período de seis anos e meio), o Reichstag realizou apenas 16 sessões¹³² e promulgaria somente nove leis; por sua vez, o Executivo promulgou, neste período, mais de

¹³¹ Sobre a Schutzhaft, vide item 3.3, infra.

¹³² A raridade das sessões do Reichstag pode ser bem vista quando se verifica que, na primeira legislatura do Bundestag (a partir de 1949), realizaram-se 282 sessões (MÜNCH, 2004, p. 16).

4.500 leis, mostrando que **Hitler** fez uso corrente da Ermächtigungsgesetz, mesmo quando os nazistas já tinham todos os assentos do Reichstag (MÜNCH, 2004, p. 16).

Em 30.01.1934, é editada uma lei que extingue as assembleias legislativas das províncias (§ 1), e demove as províncias a meras unidades administrativas do Reich, transferindo seus poderes para o governo federal (§ 2). Em 01.08.1934, com a premência da morte do presidente **Hindenburg** (que, doente, realmente faleceria no dia seguinte), **Hitler**, já se denominando Führer, baixa uma lei, unindo os cargos de presidente e de chanceler (§ 1). A partir daí, ele passa a ser chamado de Führer e Reichskanzler e detém poder ilimitado.

Ou seja, em apenas um ano e meio (entre fevereiro de 1933 e agosto de 1934), a Alemanha, após esses ataques todos, passa de um país com federação, com divisão de poderes e direitos fundamentais (Rechtsstaat), a um estado de polícia centralizado, sem direitos fundamentais e, tendo, no cume, um líder (Führerstaat). **Huber**, autor do mais proeminente livro de direito constitucional da época, dizia que o poder de **Hitler** era “abrangente, totalmente livre e independente, exclusivo e ilimitado” (WESEL, 2006, p. 496).

Já nos primeiros anos da dominação nazista, a combalida economia alemã mostraria sinais claros de uma recuperação impressionantemente rápida, através de um protecionismo estatal (que já vinha desde a República de Weimar, mas só agora mostrava seus efeitos) e de uma hábil política monetária, de **Hjalmar Schachts**, ministro da Fazenda e presidente do Banco Central alemão. **Wesel** diz que **Hitler** simplesmente teve sorte (2006, p. 494). A direção dos investimentos estatais para a militarização teve efeitos positivos na economia: queda do desemprego (em 1932, havia seis milhões de desempregados; em 1934, esse número já tinha caído à metade; e em 1939, havia pleno emprego) e ganho real nos salários (entre 1933 e 1939, um aumento de 18%).¹³³No plano social, os nazistas exploravam amplamente a idéia da Volksgemeinschaft, prometendo, sedutoramente, uma sociedade não mais dividida entre aqueles que têm e os que nada têm (GRUNBERGER, 2005, p. 36).

Desde o início do domínio de **Hitler**, os nazistas, em flagrante violação ao Tratado de Versalhes, vinham secretamente investindo em seu rearmamento militar, com a construção de submarinos, aumento do efetivo do exército e outras medidas; externamente, os nazistas cinicamente continuavam a falar em paz (SHIRER, 2008, p. 375). Em março de 1935, quando não era mais possível esconder o rearmamento, **Hitler** admite-o perante a comunidade

¹³³**Wesel** diz que a visão geral era otimista, mas havia esqueletos no armário: **Hitler** investe muito em armamentos, desprezando o comércio exterior (o que faz com que fique com poucas matérias-primas, que ele busca depois com conquistas militares).

internacional; ante a parca resistência, **Hitler**, em 16.03.33, reinstalou o serviço militar universal obrigatório, o que, para os alemães, era a restauração da “honra nacional” (SHIRER, 2008, p. 381); cerca de um ano depois, **Hitler** remilitarizaria a Renânia, violando o Tratado de Locarno, de dezembro de 1925.

Naquele momento, a recuperação econômica, o discurso ideológico de propaganda da identidade nacional consubstanciada na Volksgemeinschaft, a reconquista da honra nacional pela possibilidade de rearmamento militar e a aniquilação física ou moral dos “inimigos” do Estado (via legislação penal política, com prisões de proteção e campos de concentração) havia garantido, aos nazistas, o poder absoluto.¹³⁴ Com isso, os nazistas se sentiram aptos a empregar, mais sistematicamente, a sua ideologia racial.

Quando os nazistas ascenderam ao poder, havia, na Alemanha, cerca de 500 mil judeus, o que representava apenas 0,76% da população (WACHSMANN, 2004, p. 159; GELLATELY, 2011, p. 54); mas o fato é que eles estavam sobre-representados nas classes alta e média-alta. A massa de eleitores dos nazistas era formada por membros das classes média e média-baixa; por isso, a escolha dos judeus como bodes expiatórios da crise econômica era, também do ponto de vista da composição da sociedade alemã, adequada: a baixa quantidade de judeus era passível de ser extirpada. Os judeus (puros ou mestiços, como os nazistas denominavam) foram sendo, desde a ascensão de **Hitler**, paulatinamente impedidos de ocupar diversas funções: funcionário público, advogado, notário, editor, médico, dentista, farmacêutico, veterinário, etc. Judeus mestiços continuavam a ter obrigação de serviço militar, mas não podiam ocupar cargo de chefia, e não podiam ser donos de terras (somente podia ser camponês aquele que comprovasse origem alemã ariana desde 1.º de janeiro de 1800) (HUBER, 1937, p. 183ss.).

Em 14.07.33, já havia sido editada uma lei que permitia a compulsória esterilização de pessoas de esterilização de pessoas acometidas por doenças mentais e físicas (de esquizofrenia a alcoolismo crônico, passando por cegueira e surdez). Durante um congresso do partido nazista em Nuremberg, em 15.09.35, seriam editadas duas leis que atingiriam duramente os judeus. Uma delas foi a Reichsbürgergesetz, que trazia uma distinção feita por **Hitler**, no livro *Mein Kampf*, entre membro do estado (Staatsangehörige) e cidadão do Reich (Reichsbürger): só era cidadão do Reich aquele detentor de sangue alemão que provasse

¹³⁴ Como diz **Gellately**, essas conquistas de **Hitler** levaram a que: “apesar de bolsões de opinião negativa, rejeição ao nazismo e até mesmo exemplos de resistência, a maioria do povo alemão logo ficou devotada a Hitler e o apoiou até o amargo fim de 1945” (2011, p. 22)

querer e estar apto a servir fielmente ao povo e ao Reich alemães (§ 2 I); só o cidadão do Reich tinha direitos políticos de votar e ser votado (§ 2 III). Judeu, evidentemente, não era Reichsbürger, e estava, portanto, privado dos direitos de cidadania. A outra lei de 15.09.35 era a lei de proteção do sangue alemão e da honra alemã (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre), que criminalizava o casamento (§ 5,1) e a conjunção carnal (§ 5,2) entre judeu e alemão, bem como o mero fato de um judeu empregar uma mulher alemã com menos de 45 anos (§ 5,3). Os judeus seriam, nos próximos anos, os destinatários de uma legislação cada vez mais restritiva e, por ação ou conivência estatal, vítimas das mais rematadas violências: bem representativa disso foi a Noite dos Cristais (Kristallnacht), de 9 para 10 de novembro de 1938, na qual alemães de todo o país atearam fogo e destruíram sinagogas, residências e comércios de judeus.

No plano internacional, os nazistas, fiéis ao plano de conquista de Lebensraum para a união de todos os alemães puros sob uma Gross-Deutschland, continuavam sua política de expansão territorial: em março de 1938, anexariam a Áustria e, em outubro de 1938 (após um tratado firmado em Munique com Inglaterra e França), invadiriam os Sudetos, uma área tcheca com maioria étnica alemã. Em março de 1939, **Hitler**, desrespeitando o tratado, invadiria o resto da Tchecoslováquia. Perante a comunidade internacional cada vez mais cética, **Hitler** continuava a assegurar fins pacíficos.

A Inglaterra, percebendo que a Polônia era o próximo alvo da Alemanha (que tinha interesse em anexar a Prússia Oriental, separada da Alemanha pelo corredor da Danzig), iniciaria negociações para um pacto militar com a Polônia. Em agosto de 1939, Alemanha e União Soviética assinariam um pacto de não-agressão, e decidiram dividir o Leste Europeu em áreas de influência de cada um dos dois países (Pacto Molotov-Ribbentrop). A Polônia era um dos países divididos por este pacto: sua invasão, pelos nazistas, a 1.º de setembro de 1939, levaria à eclosão da Segunda Guerra Mundial.

3.2. Autoritarismo na Alemanha nazista

É bem provável que a Alemanha nazista seja a culminância do autoritarismo em todos os seus contextos, político e psicológico-social — não se tratou de apenas um contexto de

autoritarismo.¹³⁵ Inúmeros autores asseveram que um dos fatores mais importantes para que o nazismo pudesse obter o apoio popular necessário foi a violenta crise econômica que assolou a Alemanha em seguida à Grande Depressão de 1929, e que trouxe insegurança generalizada.

Os alemães estavam acostumados à segurança da monarquia; a sociedade aberta e as liberdades democráticas eram novidades e muitas pessoas desejavam uma sociedade mais disciplinada (GELLATELY, 2011, p. 69).¹³⁶ Insegurança gerou medo (JUDT, 2010, p. 8), que era canalizado pelas elites e pela pequena burguesia contra os comunistas (que logravam galvanizar as insatisfações de parte do proletariado), os quais eram um “perigo” porque poderia querer mudar radicalmente o sistema sócio-econômico (como ocorrera em 1917 na União Soviética e, por alguns meses, em 1919 na Bavária). Este estado de coisas¹³⁷ foi fundamental para que o poder fosse entregue aos nazistas. Na conjuntura prévia à ascensão dos nazistas, estavam no ar condições ideais de insegurança e de medo que conduzem a um autoritarismo psicológico-social, com todas as suas características constitutivas (cf. item 2.1.4, in fine).

Embora **Hitler** tenha chegado ao poder pelas vias legais, muito rapidamente ele implanta um regime autoritário. A revogação dos direitos de livre reunião e expressão (lei de 04.02.33), a abolição de inúmeros direitos constitucionais (dec. de 28.02.33), a Ermächtigungsgesetz (de 24.03.33, e que lhe conferiria o poder de legislar), a proibição de outros partidos políticos (lei 14.07.33), e a auto-intitulação de Hitler como “senhor supremo dos tribunais” mostrariam que a tripartição dos poderes, embora mantida, era mera fachada, e que se está diante de um estado politicamente autoritário. A circunstância de que o poder do

¹³⁵ Não houve apenas um só contexto de autoritarismo na Alemanha nazista, como também não se tratou, ali, de uma só fonte ou instrumento de poder. Como diz **Galbraith**, há a tendência de associar o poder exercido no nazismo com uma só fonte ou um só instrumento: ou a personalidade de **Hitler**, ou o medo da SS, ou os campos de concentração, ou a propaganda de **Goebbels**, mas têm que ser consideradas, como um todo, as diversas estruturas (1983, p. 66). E continua **Galbraith**: no aparato da Alemanha nazista, havia, como fontes, a personalidade de **Hitler**, os recursos e as propriedades do Terceiro Reich, e uma burocracia eficaz, com raízes nas tradições do estado prussiano; como instrumentos de poder interno ao partido, poder coercitivo (como mostram os episódios de **Röhm**, em 1934, e de **Claus von Stauffenberg**, em 1944); poder compensatório (que sustentava a burocracia, a SS e a Wehrmacht); e o poder condicionante implícito (a tradição de serviço disciplinado ao Estado) e explícito (a propaganda de **Hitler** e **Goebbels**). Como instrumentos externos de poder sobre a sociedade também havia o poder coercitivo (campos de concentração, p.ex.); o poder compensatório (que vinha dos serviços públicos: construção de Autobahnen, e depois os vastos contratos governamentais de fabricação de armas); e o poder condicionante (hábitos de obediência e a massiva propaganda nazista) (1983, pp. 65-6).

¹³⁶ No mesmo sentido **Gisálio Cerqueira Filho**, que diz: “Educado numa atmosfera autoritária em que a submissão à lei era vista como qualidade essencial, o alemão médio, se é que podemos falar assim, acostumou-se a delegar as soluções políticas para os seus chefes” (2005, p. 74). Numa situação de crise, “o desamparo daí resultante, acompanhando a depressão existencial e o desespero social, não raro tem levado à reverência do princípio do chefe e à expectativa de uma liderança autoritária, carismática, um autêntico ‘salvador da pátria’. Nesse contexto, qualquer que fosse o eleito, e Adolf Hitler veio a ocupar tal posição, as formas mais ou menos sutis do antijudaísmo acabaram por transformar os judeus em autênticos ‘bodes expiatórios’ de tudo aquilo de ruim que acontecia na Alemanha: crise econômica, forte descontentamento político, etc.” (2005, p. 74)

¹³⁷ Inúmeros estudos mostram que a “burguesia assustada” foi a base social para a ascensão do autoritarismo nazista (CARDOSO, 1975, p. 18).

Führer era ilimitado, eis não estava sujeito às leis e era até fonte de produção legislativa, mostra que o abuso de autoridade era uma constante na época nazista.

O profundo autoritarismo ideológico nazista já estava expresso no programa do Partido e em *Mein Kampf*, em vários pontos: **(i)** quando retira, aos judeus, pelo mero fato de professarem tal religião, a cidadania alemã, a possibilidade de serem funcionários públicos, a própria liberdade de crença e até o direito à vida; **(ii)** quando reduz o indivíduo à sua expressão como membro de uma coletividade; **(iii)** quando prega um estado central forte e impõe a obrigatoriedade de obediência e fidelidade ao Führer; e **(iv)** de resto, também nas disposições altamente restritivas à liberdade de imprensa.

O ideário autoritário nazista, como diz **Bracher** (1999, p. 809), não chegava a ser o resultado de uma filosofia ou teoria coerente, mas sim um conjunto de ideias, princípios, concepções, esperanças e emoções unidos por um movimento político radical, numa época de crise. Tal ideário se caracterizava em algumas ideias fundamentais: primeiramente, sangue (*Blut*), raça (*Rasse*), e comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*). A especial ligação que, segundo a própria ideologia nazista, deveria existir entre todos os membros da comunidade (*Volksgenossen*), e entre cada membro e a própria comunidade, conduzia a uma outra ideia fundamental: a de honra (*Ehre*), que exige lealdade ou fidelidade (*Treu*).¹³⁸ Para que a comunidade do povo pudesse se desenvolver, o Estado nazista devia buscar conquistar espaço vital (*Lebensraum*). Cabia ao Führer conduzir, com autoridade absoluta e incontestável, a comunidade do povo dentro desses valores básicos, que ele mesmo definia e interpretava; este era outro princípio nevrálgico da ideologia nazista: **o princípio do Führer** (*Führerprinzip*), e que também exigia fidelidade.

A questão racial era, certamente, o ponto mais importante e mais representativo da ideologia nazista. Desde meados do século XIX, diversos autores defendiam a desigualdade natural das raças (cf. item 2.1.3, supra). O nazismo colheu essas correntes, e delas se aproveitou no âmbito de sua própria ideologia ariana e antisemita (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 117). **Hitler** considerava que a mistura racial levava à perda da força de resistência (*Widerstandskraft*), que apenas o sangue puro detém.

Todos os acontecimentos da história mundial, bons ou maus, seriam a expressão da capacidade de autoconservação da raça. Somente era da raça ariana quem possuía sangue ariano; a mistura com o sangue judeu representava danação irremissível. E só os membros da

¹³⁸ Lembre-se que o lema da SS (*Schutzstaffel*) era: “*Mein Ehre heisst Treue*” (“Minha honra se chama lealdade”).

raça ariana eram considerados membros da comunidade do povo (**Volksgemeinschaft**). A comunidade do povo era um organismo de essência de mesma espécie (finalmente, de mesma raça) (VORMBAUM, 2009, p. 185). Os alemães se consideravam nórdicos. Buscando esquivar o criticismo internacional, **Wilhelm Frick**, ministro do interior do Reich, dizia que o princípio da origem ariana não era incansavelmente buscado, se cingindo aos avós, somente chegando aos bisavós se necessário, principalmente se o sobrenome de um dos avós soasse judeu; nesse caso, a perda da condição de ariano, segundo ele, só se dava se ambos os bisavós (ou seja, ambos os pais de um avô ou avó) fossem judeus (1934, p. 3).

Frick dizia ainda que a busca por garantir a pureza da raça ariana não seria, de modo algum, um juízo de valor sobre as outras raças (1934, p. 3), o que constituía uma sonora mentira (muitas vezes repetidas pelos nazistas), pois os judeus eram evidentemente considerados pessoas de segunda classe. **Gmür** e **Roth**, historiadores do direito alemão, também afirmam que os nazistas, com o conceito de raça, queriam subjugar, colocar a seu serviço e exterminar raças inferiores (2008, p. 185). **Frick** achava que as incompreensões de outros povos quanto às políticas raciais do Reich seriam, em algum momento entendidas pelas outras nações e até por eles adotadas (1934, p. 6). Em vários momentos, os nazistas diziam que o bolchevismo era judeu, buscando, assim, identificar seus dois maiores inimigos (FRANK, 1938, p. 10)

Hannah Arendt afirma que, em verdade, os nazistas não achavam realmente que os alemães fossem uma raça superior à qual pertenciam, mas sim que deviam ser comandados, como todas as outras nações, por uma raça superior que somente agora estava nascendo. **Hitler**, em discurso de 1937, diria que uma raça é algo que ainda temos de nos tornar. O nazismo não tinha, em verdade, um conceito rígido de raça; ao contrário, era bastante funcional ter um conceito maleável, passível de progressiva redefinição: “é óbvio que o conceito de uma raça alemã teria constituído um obstáculo à progressiva ‘seleção’ e exterminação de grupos indesejáveis da população alemã que, naqueles mesmos anos, estava sendo planejada para o futuro” (ARENDDT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 462).¹³⁹

¹³⁹ **Arendt** lembrava que, como parte da ideologia totalitária nazista, era permanente e progressiva a seleção “natural” que os nazistas pretendiam. **Hitler** planejava uma nova lei de saúde nacional, e mandaria fazer exames de raio X em toda a população, recebendo uma lista de pessoas doentes, particularmente portadores de moléstias do pulmão e do coração. Essas pessoas não poderiam ficar misturadas ao público nem gerar crianças, e o que seria feito delas ficaria a cargo de futuras ordens do Führer. “Não é preciso ter muita imaginação para adivinhar o que teriam sido essas ordens futuras. O número de pessoas que já não poderiam ‘permanecer misturadas ao público’ teria constituído uma considerável proporção do povo alemão” (2006, p. 466); o alemão com problema de pulmão, em estagio mais avançado do regime, teria sofrido o mesmo destino do judeu no início do regime (2006, p. 483).

Os reais motivos da aversão de **Hitler** aos judeus constituem objeto de inúmeros estudos de historiadores, cujo exame desborda deste trabalho, mas é fácil perceber que a eleição do judeu como um “perigo”, como “inimigo número um” do povo alemão era funcionalmente interessante: o próprio **Frick** reconhecia que embora os judeus representassem apenas 1,5% da população alemã, eles tiveram uma influência desproporcionalmente grande em âmbitos econômicos, financeiros e políticos (1934, p. 3). A propaganda nazista veiculava, de outro lado, o mito de uma conspiração mundial judaica, que era extraída dos apócrifos Protocolos dos Sábios do Sião, que o Führer sabia de cor (ARENDDT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 403 e 409).

Dizia **Hans Frank** que o povo é a ordenação primária, dada por Deus (1938, p. 12). Todos os membros da Volksgemeinschaft (exceto evidentemente o Führer, que a liderava) eram proclamados iguais: “essa nova comunidade, tentativamente concretizada no movimento nazista na atmosfera pré-totalitária, baseava-se na absoluta igualdade de todos os alemães, igualdade não de direitos, mas de natureza, e na suprema diferença que os distinguia de todos os outros povos” (ARENDDT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 410). Aqueles que não pertenciam à raça ariana eram considerados nocivos ao povo (**Volksschädlinge**).

Arendt percebeu, com muita argúcia, que esse conceito de Volksgemeinschaft constituiu a tentativa nazista de combater a promessa comunista de uma sociedade sem classes; e isto foi obtido com notável superioridade retórica, pois a “sociedade sem classes” dos comunistas tinha a conotação óbvia de que todos desceriam ao nível do empregado da fábrica, enquanto que a Volksgemeinschaft, com a sua conotação de conspiração para a conquista mundial, oferecia razoável esperança de que todo alemão poderia vir a ser um dono de fábrica. E mais: a vantagem maior da sedutora ideia de Volksgemeinschaft era a de que não se precisava esperar por uma data futura, não se dependia de condições objetivas: ela poderia ser realizada imediatamente no mundo fictício do movimento (ARENDDT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 410). **Arendt** dizia que, em verdade, **Hitler**, em verdade, nutria desprezo pelo povo alemão (dito dele de 1923); “a Volksgemeinschaft era apenas a preparação propagandística para a sociedade racial ariana que, no fim, teria destruído todos os povos, inclusive os alemães” (2006, p. 410).

De outro lado, a introdução desse conceito de Volksgemeinschaft tinha a função de buscar fazer com que o indivíduo virtualmente se anulasse em favor dos “interesses do povo”. Como diz **Rüthers**, o homem passou a ser meio para os fins estatais (“você não é nada, seu povo é tudo!”), era um lema sempre repetido), o que conduzia a que não houvesse direitos

humanos e do cidadão (2010, p. 361).¹⁴⁰ Todos os membros da Volksgemeinschaft deveria se sentir e sempre atuar ligados ao sentimento da comunidade, seja na conduta para com a comunidade, seja para com o companheiro do povo. Um dos valores substanciais, e até considerado o mais profundo, seria, portanto, a **honra** (Ehre) do povo e dos membros do povo. Dizia **Hans Frank** que o desonrado é não-alemão (undeutsch). A honradez deveria ser imanente ao conceito de alemão, pois ela é o sentido de todo o trabalho, da vida do povo alemão e da existência do individual companheiro do povo (1938, p. 42). Honrada é a conduta que em seus pressupostos, seu modo de realização, e elevação de objetivos sirva a todo o povo alemão; e o alemão deve ver sua vida para o cumprimento de sua tarefa para com a comunidade. A fidelidade (Treu) é a realização da honra nacional: quem viola a lealdade ao povo, ao Reich, ao Führer, ao Partido e ao companheiro do povo, é indigno da comunidade do povo (FRANK, 1938, p. 45). **Frank** diz que o programa do NSDAP é o ponto de partida da fundamentação política, cultural e ideológica de todo o povo alemão (1938, p. 15).

3.2.1. Articulações do autoritarismo com o direito na Alemanha nazista

É corrente a idéia de que o positivismo jurídico teria sido o responsável pela desastrosa experiência jurídica alemã nazista; alega-se que os juízes nazistas aplicaram as autoritárias leis nazistas em virtude de uma mentalidade juspositivista. Essa tese contou com a adesão pioneira (1946) e luxuosa do jusfilósofo **Gustav Radbruch**, importante opositor do regime nazista, mas não pode prevalecer.

Alessandro Baratta, em estudo de 1966, mostrou que o positivismo já estava largamente superado quando o processo de degeneração autoritária subsequente à ascensão dos nazistas tomou conta (1966, p. 15). Os nazistas sustentavam a abolição da separação entre direito e moral, desprezavam limites jurídicos formais e pugnavam pela criação analógica de normas a partir do “são sentimento do povo alemão”; tudo isto era contrário aos postulados do positivismo jurídico. **Dimitri Dimoulis**, discípulo de **Baratta**, afirma, com razão, que essa suposta vinculação nazista ao positivismo jurídico é um “mito” (2006, p. 261), ressalta que os

¹⁴⁰ Nosso bom **Nelson Hungria**, criticando essa ideologia antiindividualista alemã, dizia: “A concepção do Estado Todo-Poderoso exige o aniquilamento do indivíduo. Não passa este de uma quantité négligeable na aritmética do Estado totalitário ou do Estado marxista. Aquela intangível zona livre que a Revolução Francesa lhe assegura é hoje, no seio das ditaduras partidárias ou classistas, franco domínio público. Foi uma desapropriação violenta, sem prévio arbitramento e sem compensação. [...] Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista de massa fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interesse do povo, que é defendido como ‘comunhão indissolúvelmente ligada pelo sangue e pelo território’ ou como ‘única grandeza política’, de que o Estado é a forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples.” (1980, pp. 24-5).

juízes nazistas aplicaram as leis nazistas e reinterpretraram as leis anteriores por convicção quanto à ideologia nazista ou por lealdade ao Führer (e não por uma suposta mentalidade juspositivista) e que o próprio **Carl Schmitt** criticava duramente o positivismo jurídico, que considerava responsável por “todos os males do mundo jurídico” (2006, pp. 262-3).¹⁴¹

Seria, portanto, um contra-senso completo dizer-se que os juristas nazistas seriam partidários do positivismo jurídico.¹⁴² **Baratta** chegava a dizer que, ao contrário, o positivismo jurídico poderia ter sido um anteparo às arbitrariedades nazistas:

“ainda que as regras jurídicas fossem injustas e desumanas, poderiam sempre constituir um limite certo de violência, e circunscrito a limites reconhecíveis, se, na sua interpretação, a doutrina e a jurisprudência permanecessem ancoradas ao princípio da legalidade. O mal teria sido definido e reconhecível, e, portanto, menor” (1966, p. 15).

Os valores fundamentais da autoritária ideologia nazista teriam, como poucas vezes se terá visto, importantíssimo valor na produção legislativa e na ciência do direito. Os princípios da visão jurídica nazista eram predominantemente extraídos do programa do Partido Nazista, e podem ser assim resumidos: **(i)** o supremo valor dirigente da vida popular e da política estatal é o predomínio da raça do norte. O inimigo mortal do povo alemão é o judeu; **(ii)** a visão nazista de mundo exige o domínio de todos os espaços vitais; **(iii)** o princípio do Führer vale ilimitadamente no Estado e em todas as ordens parciais do povo (Partido, autoridades, serviços, comunidades domésticas); **(iv)** a visão do direito é uma parte da visão de mundo, que é marcada pela ilimitada vontade de poder do governante. O direito deve servir a essa visão de mundo; **(v)** as manifestações de comandantes nazistas sobre problemas jurídicos permitem reconhecer, em todas as fases do regime, uma animosidade em relação ao direito, por parte de funcionários públicos. (RÜTHERS, FISCHER, & BIRK, 2010, pp. 362-363). **Hans Frank**, em 1938, apresentaria cinco elementos básicos, que seriam os valores substanciais do povo e cuja observância deveria guiar os trabalhos dos juristas nazistas: raça, terra, trabalho, império (Reich) e honra (1938, p. 17).

¹⁴¹ No mesmo sentido, **Sabadell**: “Os juristas e os legisladores da Alemanha nazista promoveram o desmantelamento da visão positivista do Direito e dos princípios garantistas, já que os mesmos criavam entraves ao autoritarismo vigente.” (2001, p. 6). Escrevendo em 1934, **Carl Schmitt** dizia, de fato, que: “hoje, na Alemanha, é possível reconhecer em que medida o tempo do positivismo jurídico acabou. De todos os lados e em todos os âmbitos da vida jurídica, penetram, com alcance revocatório sobre toda ‘segurança’ positivista, as chamadas cláusulas gerais e conceitos indeterminados de todo o tipo como ‘bons costumes’, ‘fidelidade e crença’, ‘razoabilidade e não razoabilidade’, ‘razões ponderáveis’, etc.. Elas contêm uma renúncia ao fundamento do positivismo, que é a normação que está contida e deflui da decisão legislativa” (2006, p. 48)

¹⁴² Como se verá, todavia, os nazistas eram, sim, partidários do positivismo criminológico (cf. item 3.7.2, infra).

O conceito de **raça**, certamente o mais significativo da ideologia nazista, encontraria aplicação direta em todos os âmbitos do direito. Dizia **Frank**, exprimindo em termos jurídicos o que os nazistas diziam em todos os âmbitos da vida social, que as leis nazistas não eram, de modo algum, determinadas por ódio aos judeus ou a uma outra raça; ao contrário, seriam ditadas pelo amor ao povo alemão (1938, p. 18), sendo certo que deviam ser tomadas todas as medidas possíveis para impedir mais mistura da corrente sanguínea alemã (deutscher Blutstrom) com outras correntes sanguíneas, e também para que os produtos de vida sem valor não possam mais se reproduzir. Dizia-se claramente que o judeu não pode ser cidadão do Reich, o povo alemão não é mais a totalidade dos membros do país, mas está livre de corpos estranhos à raça, sendo certo que o direito racial do terceiro Reich é um dos mais importantes pontos de vista da ciência jurídica alemã e continuará a ser, cada vez mais (FRANK, 1938, pp. 19-20).

Karl Larenz (1903-1993), “um dos mais importantes teóricos nazistas em direito civil” (KLEE, 2007, p. 358), escreveria, em 1935, que não é apenas por ser pessoa, ou por ser dotado de razão geral abstrata, que se tem direitos e obrigações e a possibilidade de estabelecer relações jurídicas, mas sim por ser membro de uma comunidade, a comunidade do povo (Volksgemeinschaft). Somente como membro da comunidade do povo é que alguém tem honra, que merece atenção como membro do direito (ou sujeito de direito). “Só é sujeito de direito quem é membro da comunidade do povo, e só é membro da comunidade do povo quem tem sangue alemão”. **Larenz** diz que

“essa frase [a anterior] poderia ser colocada no lugar da capacidade jurídica de ‘toda pessoa’, enunciada no § 1 do Código Civil alemão, no pico de nossa ordem jurídica”, e arremata “quem está fora da comunidade do povo, também não está dentro do direito, e não é um sujeito de direito”(LARENZ, 1935, p. 241).

O constitucionalista nazista **Ernst Huber** diria, em seu tratado, que os judeus sequer gozam de uma posição de minoria popular estrangeira, mas, ao contrário, se lhes confere uma posição especial, que decorre do objetivo de completa excreção do judaísmo (1937, p. 182). Isto significava que o fato de ser judeu representava impossibilidade de ser sujeito de direito.

O programa do NSDAP, em seu ponto 19, incentivava a substituição do direito romano (cujos princípios ainda vigorariam na República liberal de Weimar, e que serviria a uma ordem externa materialista e individualista) por um direito comum alemão (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 118). Dizia-se que ‘o direito é aquilo que é bom para o povo alemão (Volksgemeinschaft)’. **Arendt**, lucidamente, esclarecia que essa frase se destinava apenas à

propaganda de massa; o que o Führer dizia aos nazistas era que ‘o direito era aquilo que é bom para o movimento’, e, evidentemente, os dois interesses absolutamente não coincidiam (2006, p. 461).¹⁴³ **Rüthers, Fischer e Birk** afirmam que o estado nazista pretendia obrigar todos os cidadãos, em suas condutas em quase todos os âmbitos da vida, a uma determinada — a nazista — visão de mundo (2010, p. 361).

Os nazistas, ao erigirem o **trabalho** como um valor elementar, criaram o fronte alemão de trabalho (Deutscher Arbeitsfront), buscando artificial e retoricamente proclamar o fim das classes e das lutas de classes. Não deveria mais haver empregador (Arbeitsgeber), nem empregado (Arbeitsnehmer), mas sim uma divisão, decorrente do interesse comum, de trabalho de acordo com um princípio de “justa” participação e compensação (FRANK, 1938, p. 28). As greves, lock-outs e demais meios de luta trabalhista foram, assim, inteiramente proibidos (WESEL, 2006, p. 504). **Frank** dizia que o objetivo da legislação trabalhista era a produção de um conceito de honra do trabalho do povo, como o conjunto de todos os companheiros do povo que, de alguma maneira, intervêm na manutenção da garantia das necessidades do povo e na elevação do padrão de vida de todo o povo alemão, e na elevação da capacidade de trabalho do povo alemão (1938, p. 27). É evidente que as classes não foram extintas, apenas foram proibidas as lutas trabalhistas.

O elemento básico do Reich conduzia a que a forma jurídica do Estado alemão passasse a ser a de um estado unitário, com apenas um legislador, encarnado pelo Führer (FRANK, 1938, p. 33). Era o que os nazistas chamavam de Führerstaat. O Führer enfeixava, em si, os Poderes Executivo e Legislativo e tinha ingerência sobre o Poder Judiciário (pois era chamado de senhor supremo dos tribunais) (FRANK, 1938, pp. 34-35). No estado do Führer — dizia **Huber** — a justiça voltava suas atenções às necessidades da Volksgemeinschaft (e não mais do indivíduo, como aconteceria na justiça liberal do Estado de Direito). O Führer era considerado o intérprete natural da vontade de Volksgemeinschaft, que deveria ser manifestada em cada sentença judicial; assim, os juízes estavam ligados à vontade do Führer (HUBER, 1937, pp. 278-9). Uma última decisão independente possui, também em matéria judicial, o Führer como senhor supremo dos tribunais do Reich (FRANK, 1938, p. 41). O Direito Constitucional do Terceiro Reich é a formulação jurídica da vontade histórica do Führer; não se questiona juridicamente se o Führer governa de acordo com uma Constituição

¹⁴³ Arendt diz que essa mudança do lema oficial pode ser encontrada no Organisationsbuch der NSDAP, p. 7

formal escrita, mas sim, e apenas, se o Führer, com sua intervenção, garante a vida de seu povo (FRANK, 1938, p. 39).

Chefiado pelo Führer, o partido nacional-socialista tinha, por igual, uma posição proeminente, que se sobrepunha, na prática, ao próprio Reich. O próprio **Frank** dizia que o Reich serve à realização da vontade governativa representada pelo NSDAP, pois o nacional-socialismo é a expressão da vontade de organização política do povo alemão; ele é a convicção ideológica unitária do povo alemão e conteúdo das máximas de governo do império alemão (1938, pp. 36-7). **Hitler** dizia que “o Estado não dá ordens a nós, nazistas, mas nós, nazistas, é que ordenamos o Estado”. A relação do NSDAP com a administração do Reich é a de um soberano para com o seu aparato: diz **Frank** que o partido está acima do Estado no que toca a ideias, a visão de mundo e a máximas supremas de governo, e, quanto à própria organização hierárquica, o NSDAP está ao lado do estado. Ao lado do direito do estado está o direito do partido (1938, p. 37 e 41).

Para a ciência do direito, dizia **Frank**, a honra é um conceito central integrativo. E a honra do povo alemão exige que a lealdade, como suprema custódia da honra, esteja contida em todas as leis de nosso Reich: a lealdade é a realização da honra nacional. Quem viola a lealdade ao povo, ao Reich, ao Führer, ao Partido e ao companheiro do povo, é indigno da comunidade do povo. Em todos os ramos jurídicos da comunidade, a honra deve, de algum modo, tomar o seu assento (FRANK, 1938, p. 45).

Na medida em que a honra era um conceito integrativo na ciência do direito, e na medida em que o Führer publicava o direito que defluía da vontade da Volksgemeinschaft (verdadeira fonte do direito), estabelecia-se que não há diferença alguma entre lei e ética. Um dever legal e um dever moral tinham igual estatura. Isto conduzia, por outro lado, ao abandono de quaisquer formalidades: **Arendt** cita passagem de **Hitler**, haurida em **Hans Frank**: ‘estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética’, e quando se presume que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos (2006, p. 444).

Na medida em que o sentido de valor o indivíduo se circunscrevia à sua pertença à comunidade e em função de sua contribuição para a comunidade, a tendência, evidentemente, era o solapamento dos direitos individuais liberais. Para os nazistas não havia possibilidade de contradição entre o indivíduo e a comunidade do povo, pois era apenas em função desta que aquele tinha sentido e legitimidade de existir (ZIMMERL, 1936, p. 173). Daí se entende a afirmação de **Hungria** de que, na Alemanha nazista,

“não há direitos individuais em si mesmos’. Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como superstições maléficas, incompatíveis com o que por lá se chama o novo Estado, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais.” (1980, p. 25)

Os juristas nazistas assumiam, sem reboços, que o direito era uma arma (e das mais importantes!) para a execução da política do Partido. O direito era instrumento de poder, como o próprio **Hitler** enfatizava, em mais de uma oportunidade (recolhidas por **Rüthers**): em 1928: “há somente um direito no mundo, e esse direito está na própria força”; e em 1937: “agora é assim, o direito último está sempre no poder” (2010, p. 363). A política é uma função do direito, diria **Hans Frank** (1938, p. 13). Para os governantes nazistas, o direito tinha a exclusiva função de servir como meio de luta para execução de sua visão de mundo (RÜTHERS, FISCHER, & BIRK, 2010, p. 362). **Alfred Rosenberg** dizia claramente que “direito é o que os homens arianos declaram que é direito” (KANTOROWICZ, 1964, p. 54). Como consequência da função instrumental do direito, a decisão não é mais deduzida logicamente, mas sim obtida com o pensamento, propagado por **Carl Schmitt**, das ordens concretas (konkrete Ordnungen), de uma visão intuitiva delas, o que seria necessário para a ordenação concreta da vida do povo (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 118).

O nazismo não tinha, todavia, uma teoria jurídica unitária, mas sim teorias jurídicas concorrentes, com consideráveis diferenças de conteúdo e de método. As concepções jurídicas da visão de mundo nazista eram incompatíveis com a Constituição de Weimar e as leis de todos os ramos do direito. Era, assim, necessária uma renovação popular do direito, no sentido da ideologia nazista. A literatura jurídica posterior a 1933 pode ser lida, com a visão hodierna, como uma competição que tratava de oferecer, aos nazistas alçados ao poder, a teoria jurídica (e os respectivos meios de reinterpretação) mais apta para seus objetivos de renovação popular do direito (RÜTHERS, FISCHER, & BIRK, 2010, pp. 362-3). Isto era evidentemente consequência da advertência dos nazistas, sublinhada por **Frank**, de que a crítica ao legislador é proibida à ciência do direito; esta deveria sempre trabalhar em prol do Führer e dos ideais do nazismo (1938, p. 46). A obrigação da ciência jurídica nazista está em servir ao Reich nazista de **Adolf Hitler**; a ciência do direito devia ser realmente política, e politicamente nazista. O resultado do pensamento jurídico, da pesquisa jurídica e da teoria jurídica só pode estar em consonância com a direção política; por isso, **Frank** conclamava a ciência jurídica alemã a se colocar a serviço do Führer e do povo alemão (1938, p. 51).

A influência do ideário nazista no sistema jurídico, com a introdução de meios coercitivos estatais, rigorosos e sem vínculos morais para a execução de dogmas ideológicos, chegou a um grau, portanto, altíssimo, levando a que vários juristas da atualidade classifiquem o estado nazista como um sistema de ilícito (RÜTHERS, FISCHER, & BIRK, 2010, p. 361).

3.3. Autoritarismo e sistema penal subterrâneo nazista

Dentro deste sistema de ilícito, os nazistas criaram, certamente, um dos mais terríveis e ominosos sistemas penais subterrâneos da história da humanidade. Desde a década de 1920, o Partido Nazista detinha instituições paramilitares que tinham a atribuição de constituir uma polícia política. A S.A. (Sturmabteilung, literalmente “Seção tempestade”, era uma tropa de assalto nazista), criada em 1920, levaria a cabo diversos atos de violência contra socialistas na década que se iniciava; a partir de 1931, seria chefiada por **Ernst Röhm**. Criada em 1925 e chefiada, desde 1929, por **Heinrich Himmler**, a S.S. (Schutzstaffel: literalmente, “Tropa de Proteção”), também era um grupo paramilitar nazista que ganharia, paulatinamente, poder. A S.A. e a S.S., no final do ano de 1930, já eram compostas por mais de cem mil homens, força maior do que o Exército alemão da época (SHIRER, 2008, p. 200).

Lutas internas de poder entre a S.A. e a S.S. e divergências quanto à incorporação da S.A. ao exército alemão¹⁴⁴ levariam, em 30 de junho de 1934, à chamada “Noite das Facas Longas” (Nacht der langen Messer), em que **Ernst Röhm**, outros líderes da S.A., opositores conservadores do regime e antigos adversários de **Hitler** (mais de cem pessoas) seriam assassinados, seguindo ordem do Führer, por membros da S.S. (DAMS & STOLLE, 2009, p. 26). Por sua assumida homossexualidade, **Röhm** era hostilizado por muitos setores do movimento nazista e o pretexto usado para matá-lo era o de que ele preparava um golpe (por isso, o episódio também é conhecido como Röhm-Putsch). Três dias depois, **Hitler** editaria uma lei, com um único artigo, decretando que os assassinatos constituíram “legítima defesa do Estado” (Staatswehr) (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 119), vedando, assim, eventual persecução penal de seus autores. A partir desse episódio, a S.A., embora nunca abolida, seria sobrepujada pela S.S..

¹⁴⁴ Röhm queria a incorporação da S.A. ao Exército do Reich, depois que os nazistas tomaram o poder. **Hitler** não queria, queria mantê-la como uma associação separada, e com novas camadas, tornando-a uma sociedade secreta. **Hitler** mandou matar **Röhm** por sua tentativa de transformar o novo regime nazista em ditadura militar, nos moldes do fascismo (ARENDETT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 420).

A partir do momento em que os nazistas subiram ao poder, era importante ter o controle da Polícia. **Göring**, terceiro nazista, ao lado de **Hitler** e de **Frick**, no governo, atuaria para se tornar o senhor do aparato policial da Prússia (que, sem dúvida, era o estado mais importante). Já no dia da ascensão de **Hitler**, **Göring** começaria a investigar os antecedentes dos membros da Polícia, iniciando uma estratégia de demissão de todos aqueles suspeitos de deter ligações comunistas (em um ano, seriam demitidos mais de mil policiais). Era importante criar uma polícia secreta, responsável por investigar os possíveis inimigos do novo Estado nazista: a Gestapo (Geheime Staatspolizei: polícia secreta do Estado) seria oficialmente fundada, como uma agência prussiana, pela lei prussiana de 26.04.1933 (DAMS & STOLLE, 2009, p. 18). Em 1934, após embates com **Göring** e **Frick**, e após a “Noite das facas longas”, **Heinrich Himmler**, que, além de chefe da S.S., era chefe da polícia da Baviera, passaria a chefiar também a Gestapo, que se tornaria, então, uma organização nacional e independente. A Gestapo era a agência responsável por torturas de presos políticos, detinha uma vasta rede de informantes¹⁴⁵ e é precipuamente a ela que se deve o terror infligido pelo regime nazista.

A luta contra os inimigos políticos foi frequentemente travada fora dos tribunais, diretamente pela polícia política, nos porões de tortura da Gestapo e nos campos de concentração e de extermínio da S.S. e da S.A. . Nos primeiros anos, os tribunais até tentaram iniciar processos para a apuração e punição dos delitos praticados por membros da Gestapo, da S.S. e da S.A., e até houve condenações, mas a pressão do partido e da Gestapo era grande, e a maioria das investigações era arquivada. No fim de 1935, **Hitler** concedeu a graça a um membro da Gestapo em um caso especialmente grave, o que representou a derrocada total de qualquer tipo de processo perante os tribunais (WESEL, 2006, p. 498).¹⁴⁶ A relação entre a Polícia e a SS, de um lado, e os tribunais, do outro, era conflituosa, com aquelas sempre querendo sobrepujar o poder destes (WACHSMANN, 2004, p. 3).

Reintrodução da tortura como meio de investigação, execuções sumárias, prisões com fins puramente políticos e sem possibilidade de habeas corpus (i.e., verdadeiros seqüestros estatais, pomposamente denominados de Schutzhaft [“prisão de proteção”]), e campos de

¹⁴⁵ Nunca existiu – diz **Arendt** – um governo baseado exclusivamente em meios violentos. Mesmo o ditador totalitário, cujo instrumento principal de governo é a tortura, precisa de uma base de poder – a polícia secreta e sua rede de informantes (1986, p. 67).

¹⁴⁶ Houve, todavia, casos isolados de enfrentamento interno ao regime nazista: há notícia de uma queixa de um juiz, **Lothar Kreyssig**, ao perceber que um pupilo seu foi morto em ações de eutanásia; o juiz foi aposentado prematuramente, mas se salvou de outras represálias. Como o bispo de Münster veio a público para cobrar apuração dos fatos relatados pelo juiz, **Hitler** descontinuou a ação.

concentração e de extermínio (Konzentrationslager e Vernichtungslager) foram as principais manifestações desse vil sistema.

Abolida havia dois séculos antes por **Friedrich II da Prússia**, a tortura foi reintroduzida pelos nazistas. A polícia política começou a torturar presos já em 1933, sem lei; ou melhor, contra a lei. A Gestapo se tornou tristemente famosa por tortura moral e física; os presos eram insultados e humilhados, ameaçados de assassinato e apanhavam com cassetetes, vergalhos, chicotes de cavalo, paus e outros objetos. O abuso era tolerado pela direção da Gestapo, desde que não viesse a público.

Era impossível impedir que os abusos fossem relatados nas audiências na justiça, mas a resistência que os tribunais e o Ministério da Justiça opuseram foram vencidas pela Gestapo, e a tortura foi regulamentada: só podiam ser ministradas, no máximo, 25 pauladas nas nádegas do preso; a partir de 10 pauladas, devia haver um médico presente. Os grupos vitimizados pela tortura cresceriam gradualmente: de início, ela se limitava a funcionários comunistas ou marxistas, testemunhas de Jeová, e sabotadores; a partir de 1941, seria permitida contra todos os poloneses e russos; um ano depois, a tortura seria generalizada (DAMS & STOLLE, 2009, p. 71).

A tortura não era apenas um instrumento de investigação; era realizada, às vezes, também depois da atuação do tribunal, quando a Gestapo achava que a sentença era muito branda. Por vezes, a Gestapo esperava o apenado solto do lado de fora da prisão no momento em que ele seria solto, para torturá-lo, matá-lo ou mandá-lo a um campo de concentração (WESEL, 2006, p. 498).

As execuções sumárias se davam por ordens de **Hitler**, de **Himmler** (chefe da SS) ou de outro chefe de polícia. Essas execuções eram frequentemente reputadas correções à “brandura” de decisões judiciais. Como “senhor supremo dos tribunais”, **Hitler** esteve pessoalmente envolvido — narra **Werle** — em cerca de 25 a 30 casos, e os acontecimentos seguiam, em regra, a seguinte ordem: **Hitler** tomava conhecimento dos casos, normalmente pela imprensa, e, em seguida, dava a ordem, através de um de seus ajudantes (**Schaub** ou **Bormann**), à Gestapo e ao Ministro da Justiça; este determinava que a Justiça entregasse a pessoa à Gestapo, que cumpria a ordem (1989, pp. 577-8). **Himmler** também determinava essas execuções sumárias (que ele chama de Sonderbehandlung: tratamento especial), por delegação de **Hitler** (WERLE, 1989, p. 582ss).

Os campos de concentração e de extermínio estabelecidos pelos nazistas constituíram uma manifestação autoritária tão evidente e tão inegável que muitas vezes não é examinada a

estrutura político-jurídica em que tais eventos ocorreram. Os campos de concentração não constituíram uma invenção nazista; eles já existiram em Cuba, em 1896, quando os espanhóis reprimiram a insurreição colonial, e no início do século XX, quando os ingleses reprimiram os Boers na África do Sul. Os campos de concentração não defluíram da lei ordinária, nem foram o produto ou a transformação de leis de execução penal; ao contrário, eles surgiram do estado de exceção e da lei marcial (AGAMBEN, *Means without end. Notes on politics*, 2000, pp. 37-8).

O “fundamento jurídico” do internamento nos campos de concentração era a Schutzhaft (“prisão de proteção”), que também não era uma criação nazista. A origem da Schutzhaft está em leis prussianas de 1850 e 1851¹⁴⁷, que, em 1871, seriam estendidas a toda a Alemanha e usadas profusamente durante a Primeira Guerra Mundial. A partir do decreto de 28.02.33 (que, no § 1, revogou os arts. 114 e 115 da Constituição de Weimar, que garantiam a liberdade de locomoção e a inviolabilidade domiciliar), a Schutzhaft passou a ser indiscriminadamente decretada pelos órgãos policiais e paramilitares, mesmo sem ela estivesse explicitada regulada. A S.A. e S.S. chegaram a criar campos de concentração próprios (WERLE, 1989, p. 537). A Schutzhaft representou, diz **Graf**, o mais significativo e mais drástico método de combate de inimigos: seu objetivo explícito era “a segurança da estrutura do novo estado contra seus inimigos” (SPOHR, 1937, p. 13). Entre março e abril de 1933, houve ondas de prisões, em todo o Reich: cerca de 25 mil e 30 mil pessoas foram presas apenas na Prússia (WERLE, 1989, p. 533).

Em abril de 1934, pretextando que a época ainda não estava madura para o afastamento da Schutzhaft (“da die Zeit für die völlige Beseitigung der Schuzhaft noch nicht reif ist”), **Hermann Göring**, ministro do interior e ainda chefe da Gestapo, resolve regulamentá-la internamente, estabelecendo, com riqueza de detalhes, competência para decretação, obrigatoriedade de expedição de mandado, hipóteses de incidência e de exclusão, duração, local de execução, etc. Foi a primeira regulamentação geral, válida para todo o Reich, que tentava criar uma política interna para decretação da Schutzhaft. De acordo com o regulamento, a competência para a Schutzhaft era, na Prússia, da Gestapo, e de outras poucas autoridades, e, nos demais estados, das autoridades correspondentes, sendo expressamente impedidos de decretá-la a S.A. e órgãos do partido nazista; inclusive se dizia expressamente

¹⁴⁷ A lei prussiana sobre a proteção da liberdade pessoal (Schutz der persönlichen Freiheit), de 12.02.1850, e a lei prussiana de estado de sítio de 04.06.1851.

que a decretação, por órgão incompetente, podia constituir crime de seqüestro (cap. I). Isto mostrava o interesse em centralizar a decretação em poucos órgãos (WERLE, 1989, p. 538).

Estabelecia-se que era obrigatório entregar ao preso, no ato de prisão (ou em até 24 horas), cópia do mandado de prisão (II.1), que tinha de estar fundamentado (II.2), e era obrigatório informar, aos parentes, os motivos da prisão e o lugar em que o preso estava (II.3). Dizia-se que a Schutzhaft podia ser decretada para “a própria proteção do preso” (III.1a), ou “quando o preso, por sua conduta, especialmente por atividade contrária ao estado, coloca em perigo a segurança pública e a ordem” (III.1b). Entendida “ordem”, dada sua flexibilidade, como “ordem nazista”, permitia-se Schutzhaft para qualquer periclitacão de valores básicos da ideologia nazista (WERLE, 1989, p. 539). Não podia ser decretada “contra pessoas que só fizeram uso de uma pretensão (denúncia, ação ou recurso) relativa a um direito civil ou público” (III.2a), nem “contra advogados por sua representação de interesses de clientes” (III.2b), nem “por assuntos pessoais (p.ex., calúnias)” (III.2c), nem “por quaisquer medidas conerciais (questões salariais, demissão de trabalhadores, etc)” (III.2d). A Schutzhaft também não podia, em regra, ser decretada como punição por ações delituosas ou por ações moralmente reprováveis, que deve caber aos tribunais (III.3).

A Schutzhaft devia ser executada exclusivamente em estabelecimentos prisionais e campos de concentraçãõ (IV) e podia ser mantida pelo tempo exigido pela sua finalidade (V.1), sendo inadmissível como pena substitutiva (V.2). Estabelecia-se que o preso devia ser ouvido imediatamente sobre as razões da ordem de prisão e, depois, decidido se ele seria solto; ele deveria ser solto em 8 dias, salvo se a alta administração (Oberste Landesbehörde) mantivesse a prisão (VI.3); ademais, a cada três meses, devia-se rever, de ofício (von Amts wegen), a necessidade de manutenção da prisão (VI.4).

Em 25.01.1938, viria um novo regulamento da Schutzhaft (dessa vez, editado por **Frick**), que revogaria o anterior e, em essência, ficaria em vigor até o fim da guerra. Esse regulamento, sobre o qual não há literatura da época, teve, como alterações mais importantes, tornar a Schutzhaft um monopólio da Gestapo (que passava a ser a única agência competente para decretá-la), e excluir quaisquer limitações temporais da prisão (WERLE, 1989, p. 543ss).

Essas regulamentações todas criam a falsa impressão de que a Schutzhaft era um instrumento legal, que criava direitos e obrigações. Não, de modo algum; estes regulamentos, editados respectivamente por **Göring** e por **Frick**, eram documentos internos, que sequer foram publicados (SPOHR, 1937, p. 12), que apenas visavam organizar, interna corporis, a decretação, e solver conflitos internos de poder. Essas regulamentações não criavam, por

evidente, “direitos” para o preso, até porque era incabível discutir a Schutzhaft perante os tribunais(SPOHR, 1937, pp. 22-3).Não havia procedimento formal para a expedição de um Schutzhaft, que, aliás, era secreto (WERLE, 1989, p. 541).Fica, com isso, claro que a Schutzhaft era, intrinsecamente, um instrumento desabrido de autoritarismo estatal, largamente usado como porta de entrada para os campos de concentração. Como **anexo B** ao presente trabalho, apresenta-se umacópia fac-símile de um mandado de Schutzhaft.

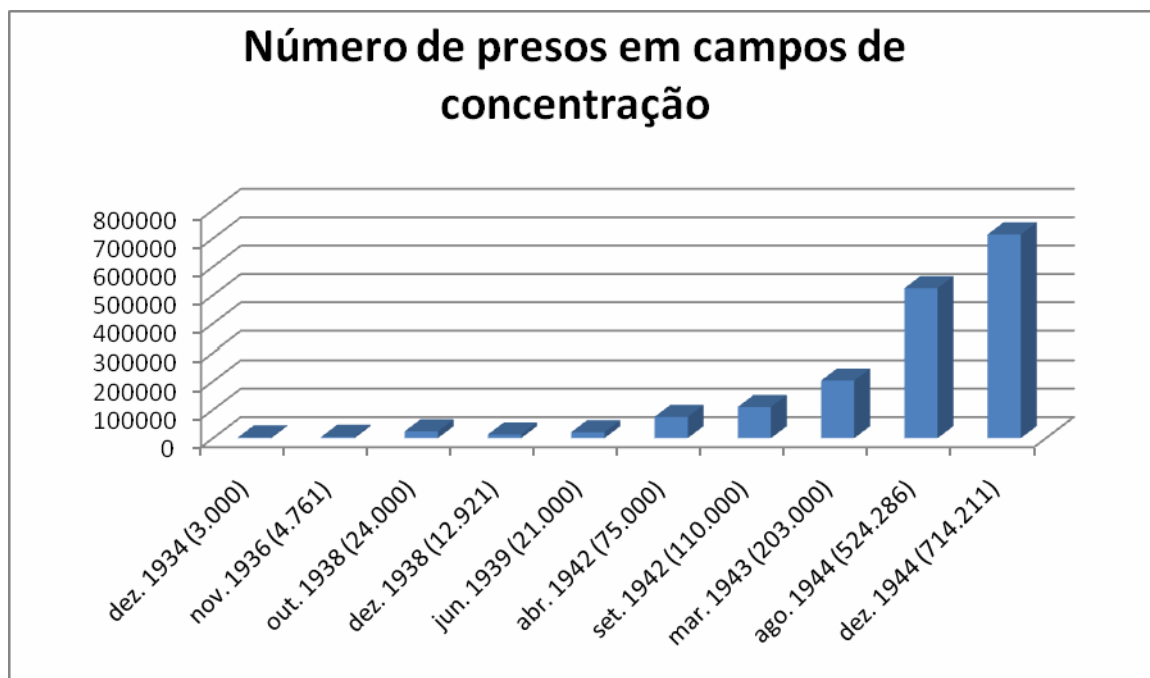
Os campos de concentração foram uma criação de **Himmler**, em março de 1933, sendo o primeiro aberto no dia 22 daquele mês em Dachau, próximo a Munique, sede do partido nazista. **Agamben** nota, com argúcia, que, quanto aos horrores cometidos nos campos de concentração, não se trata de indagar, hipocritamente, como foi possível cometer tais atrocidades contra outros seres humanos, mas sim (o que é mais honesto e útil) de questionar cuidadosamente como – isto é, graças a que dispositivos políticos e procedimentos jurídicos – seres humanos podem ter sido tão completamente privados de seus direitos e prerrogativas ao ponto de que cometer qualquer ato contra eles não seria mais considerado um crime (nesse momento, qualquer coisa, de fato, se tornava possível) (2000, p. 41).

Politicamente, a ideologia autoritária nazista de purificação racial conduziria a que judeus alemães fossem, desde o início, despidos de inúmeros direitos (p.ex., de liberdade de trabalho) e, afinal (pela lei de 15.9.35), se se tornassem nacionais de segunda classe, sem direitos políticos. Juridicamente, a Schutzhaft, que colocava o preso à inteira disposição do Estado, confiado aos batalhões da Schutzstaffel, e fora da jurisdição da justiça criminal e das leis de execução penal (AGAMBEN, Means without end. Notes on politics, 2000, p. 39) foi certamente o mais importante instrumento a permitir a existência dos campos de concentração. As pretensões nazistas de encarceramento em massa (que as prisões da época de Weimar não abrigariam (MÜLLER, 1991, p. 88), e nem os nazistas estavam dispostos a esperar construções de presídios) criavam, no plano prático, a “necessidade” de criação dos campos de concentração.

Após a criação de Dachau, em março de 1933, seriam abertos milhares de outros campos de concentração. Não se sabe, ao certo, quantos campos de concentração existiram durante o domínio nazista, pois muitos deles foram temporários e secretos. A partir do início da guerra, os campos de concentração teriam quadruplicado. O site do Ministério da Justiça alemão traz lista com mais de 1.600 campos de concentração.¹⁴⁸ Os campos de concentração

¹⁴⁸ http://bundesrecht.juris.de/begdv_6/anlage_6.html

se tornaram uma realidade permanente na Alemanha nazista, com números sempre crescentes; as eventuais quedas se devem a momentos em que os nazistas resolveram deportar judeus (AGAMBEN, *Means without end. Notes on politics*, 2000, p. 40). O quadro abaixo indica a quantidade de pessoas presas em campos de concentração¹⁴⁹:



As condições de aprisionamento nos campos de concentração eram, evidentemente, as mais deploráveis e desumanas. Já na recepção, os presos tinham seus cabelos raspados, passavam a usar um uniforme azul e branco e, perdendo o direito à própria identidade, passavam a ser chamados por um número (que, por vezes, lhes era tatuado). A vida para os prisioneiros de campos de concentração era muito pior do que aquelas nas regulares prisões nazistas¹⁵⁰; testemunhos de prisioneiros e investigações posteriores mostram um quadro de trabalhos brutais, violência aleatória e tortura sádica. Os prisioneiros eram constantemente surrados, inclusive com chicotes, paus e coronhadas. Alguns tinham seus dentes arrancados, faces desfiguradas e eram mutilados por cães; há relatos até de alguns casos em que guardas obrigavam os prisioneiros a comer fezes. Muitos prisioneiros foram surrados até a morte ou simplesmente executados, sem qualquer sanção judicial (WACHSMANN, 2004, p. 106).

¹⁴⁹ Fonte: Bundesarchiv Berlin, apud WACHSMANN, 2004, pp. 394-5.

¹⁵⁰ Para a vida nas regulares prisões nazistas, vide item 3.4.3, infra.

Tudo é possível nos campos de concentração, pois eles constituem precisamente o espaço da exceção. As pessoas que entram no campo de concentração se moveram para uma zona de indistinção entre o dentro e o fora, a exceção e a regra. O fato de atrocidades poderem ser cometidas, ou não, não depende da lei, mas sim da civilidade e do sentido ético da polícia que atua temporariamente como soberano (AGAMBEN, Means without end. Notes on politics, 2000, p. 42). O campo de concentração – como bem diz **Agamben** – é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra (2000, p. 39), é o mais absoluto espaço biopolítico já realizado, onde a vida nua se expressa de modo mais contundente (2000, p. 41), e onde se realizou a mais absoluta condição desumana a aparecer na face da Terra (2000, p. 37).

A partir de julho de 1941, os nazistas adotaram oficialmente (para fins internos, evidentemente!) a “solução final para a questão judaica” (Endlösung der Judenfrage), que consistia na aniquilação, pura e simples, dos judeus. Essa expressão eufemista seria, para fins externos, a “camuflagem” e, para fins internos, a justificação ideológica para o Holocausto. Essa “solução final” seria executada nos chamados campos de extermínio (Vernichtungslager), que seriam erigidos com o fim específico da prática de genocídio. Estima-se que entre 5,6 e 6,3 milhões de pessoas foram mortas nos campos de extermínio, na mais pungente e indiscutível demonstração do autoritarismo do sistema penal subterrâneo nazista.

3.4. Autoritarismo e seletividade no sistema penal nazista

A seletividade estrutural do sistema penal nazista tinha como alvos principais o inimigo da raça ariana (o judeu), os eventuais inimigos políticos do movimento nazista, os criminosos sexuais (na medida em que a moral e a lei eram confundidas) e outras minorias (ciganos e testemunhas de Jeová) (WACHSMANN, 2004, p. 113ss). Por economia, tratarei apenas da seletividade que se abatia sobre os judeus e que se expressava em vários quadrantes do sistema penal nazista: no **sistema penal subterrâneo** (como já se frisou no item anterior); na **criminalização primária** (que levaria à edição de inúmeras leis contra os judeus e no âmbito do direito penal político, e será abordado no item 3.5.1, infra); no **poder positivo configurador** (fazendo com que as medidas de vigilância e controle recaíssem precipuamente sobre tais alvos, cf. item 3.5.1, infra); e, finalmente, na **criminalização secundária**.

Neste item, abordarei apenas a seletividade na criminalização secundária: ou seja, a atividade exercida pelo sistema policial-judiciário na Alemanha nazista. **Robert Gellately**, importante historiador do período, assegura que a punição dos juízes nazistas era muito seletiva e, até os últimos meses da guerra, não atingia toda a população; a partir daí, o terror entre alemães se tornou a ordem do dia (WACHSMANN, 2004, p. 3). A seletividade da punição pela justiça era feita abertamente, porque os nazistas achavam que, aproveitando-se da hostilidade de “bons cidadãos”, cumpridores da lei, frente a minorias, iriam obter a aprovação da população, o que funcionou (WACHSMANN, 2004, p. 3).

A seletividade da justiça penal alemã nazista quanto aos judeus era apenas uma parte (certamente a mais terrível, todavia) da seletividade que abrangia todos os órgãos da justiça. Tribunais trabalhistas e civis admitiam, pelo mero aspecto racial, a demissão de judeus e o cancelamento de contratos civis. Quando ainda não havia sido editada a lei de proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15.09.35, os judeus presos eram frequentemente acusados e condenados por crimes políticos. Quanto aos crimes de “vergonha da raça” (Rassenschande), instituídos por essa lei, cerca de 420 homens, por ano, foram sentenciados entre 1936 e 1939. De início, as penas foram sendo fixadas em cerca de um ano, mas, ante pressões da Gestapo e do Ministério da Justiça (e decisões do Reichsgericht), as penas aplicadas foram sendo aumentadas, chegando, em alguns casos a oito anos ou mais. Embora o tipo previsse a punição apenas de homens, algumas mulheres judias foram também condenadas, por mentir às autoridades para proteger seus cônjuges não-judeus (WACHSMANN, 2004, pp. 157-8).

Wachsmann narra que, até 1938, membros do Ministério Público eram obrigados a reportar ao Ministério de Propaganda do Reich todos os casos criminais que envolvessem judeus; os casos eram, então, apresentados pela imprensa nazista de maneiras degradantes e devassas (2004, p. 159), de modo a reforçar os estereótipos de que os judeus eram criminosos degenerados — e, com isso, realimentar a seletividade do sistema penal.

Os judeus eram punidos, em regra, por ações policiais (com prisões de proteção, envio a campos de concentração ou execuções sumárias): p.ex., entre 1933 e 1939, em Krefeld, 33% dos casos de prisões feitas pela Gestapo eram levados a cortes de justiça, mas, quando se tratava de judeus, esse percentual caía para 16%. Ainda que a quantidade de judeus que efetivamente chegava às prisões comuns do Reich fosse relativamente pequena, eles eram tratados com especial rigor nas prisões. Os judeus, diferentemente dos demais presos, não tinham direito a assistência religiosa, nem acesso a publicações judaicas; os judeus eram

mantidos isolados dos demais presos, tinham que usar a estrela de Davi, não podiam ser chamados de maneira formal e, por vezes, eram vítimas de violência por parte de agentes penitenciários. Há também relatos de punições disciplinares motivadas apenas por motivos raciais contra os judeus (WACHSMANN, 2004, p. 162).

Ainda a demonstrar que os judeus eram um dos alvos principais do sistema penal judicial nazista, considerem-se também as interpretações, sempre contra os réus, que os juízes criminais faziam com relação à legislação penal que concernia aos judeus. Seguem-se dois exemplos:

a) a lei de “Rassenschande”, de 15.09.35, também criminalizava o relacionamento extraconjugal (“ausserehelicher Verkehr”), e o Reichsgericht (considerando que a lei queria proteger não só o sangue, mas também a honra) decidiria que aí estavam abrangidas condutas diversas de conjunção carnal, desde que visassem a satisfazer o impulso sexual: assim, podiam ser consideradas “Rassenschande” condutas anteriores e/ou diversas de conjunção carnal, quando o autor visasse satisfazer seu impulso sexual. A diferenciação das fases do iter criminis era muito difícil: há casos, na jurisprudência, de imputação de crime consumado se **(i)** uma prostituta se despe em frente ao homem, e se lança contra o corpo deste, **(ii)** se o casal pratica masturbação recíproca ou **(iii)** qualquer tipo de substituição da conjunção carnal; e reputou-se haver crime tentado em vários outros casos: **(a)** tirar a roupa em um quarto de dormir, **(b)** trocar gestos de carinho durante a ida a um quarto de hotel e **(c)** até tolerar um abraço (WERLE, 1989, pp. 185-6); e

b) um erro quanto ao tipo ou ao alcance das proibições da lei de “Rassenschande”, de 15.09.35, nunca aproveitava aos judeus. Proibia essa lei que judeus empregassem mulher com idade inferior a 45 anos em trabalhos domésticos (§ 5, 3). O decreto, de 14.11.35, que regulamentava a lei, dizia que a trabalhadora doméstica era aquela que tinha sido recebida na comunidade doméstica ou a quem eram confiados trabalhos domésticos cotidianos. O V Senado do Reichsgericht condenou três comerciantes judeus que usavam uma mulher ariana para enviar recados escritos entre o comércio e suas residências e que, uma única vez, acompanhou a filha de 18 anos da família judia em um passeio (PAULI, 1992, pp. 71-2)

3.5. Algumas manifestações específicas de autoritarismo punitivo nazista

À funesta pujança de seu sistema penal subterrâneo e à marcada seletividade de todo o seu sistema penal se ajuntam inúmeras outras demonstrações de autoritarismo punitivo

nazista; é impossível abarcar todas elas.¹⁵¹ **Anitua** e **Bergalli** asseveram que as primeiras medidas penais impostas pelos nazistas foram apoiadas por “uma burguesia assustada” (2003, p. 287), o que mostra que o autoritarismo psicológico-social, disparado pelo medo, teve repercussão importante na Alemanha, permitindo a expansão do poder punitivo.

Os nazistas, como já se mencionou várias vezes, eram profundamente anti-individualistas: consideravam eles que o indivíduo só tinha valor em função da comunidade do povo (“Volksgemeinschaft”). Na verdade, eles chegavam a sustentar que não havia possibilidade de conflito entre indivíduo e Estado, simplesmente porque aquele não poderia ter interesses contrários ao Estado. A “comunidade do povo”, formada pela raça de sangue puro, tinha de ser protegida a qualquer custo; assim, o fortalecimento da autoridade do Estado – que seria a expressão política da comunidade do povo – era a consequência “natural”.

Na medida em que o direito era considerado um instrumento da política, os nazistas, além da ilegalidade flagrante, passariam a lançar mão de todos os instrumentos jurídicos possíveis para atingir os seus objetivos políticos de dominação total. A pena criminal, como a mais dura sanção admitida pelo ordenamento jurídico, seria explorada pelos nazistas (aliás, confessadamente) como uma arma de confronto político-ideológico e, principalmente, de proteção da comunidade do povo.

Isto levaria a um aumento exponencial na quantidade de leis penais durante o Terceiro Reich, editadas com o declarado objetivo de combate aos inimigos e de manutenção da ordem (na visão de mundo nazista); portanto, a criminalização primária aumentaria sensivelmente (sobre este ponto, vide item **3.5.1**, *infra*). A profusão de novos crimes, os aumentos das escalas penais, a criação de novas e graves penas e a determinação dos nazistas em usar a justiça criminal como instrumento político de terror e de dominação ensejariam monstruoso incremento na criminalização secundária, com a imposição maciça de penas de morte por tribunais do Reich, e de elevadas penas de prisão (sobre este ponto, vide item **3.5.2**, *infra*). O interesse político em executar, com rapidez e rigidez, a pena “contra seres-humanos-destituídos-de-direitos-contra-o-Estado” levaria a que o processo penal e a execução penal alemães também fossem profundamente alterados sob o domínio nazista (sobre este ponto, vide item **3.5.3**, *infra*).

¹⁵¹ Uma das omissões deste trabalho está em deixar de abordar o sistema penal paralelo nazista, que consistiu em ações desabridas de esterilização e de eutanásia de deficientes.

3.5.1. Legislação penal nazista: expansão, combate e ordem

Joachim Vogel, penalista contemporâneo, sustenta que, antes mesmo dos nazistas, a expansão da legislação penal já era uma constante na história legislativa alemã. Antes do domínio nazista, a tendência expansionista traduzir-se-ia em novas disposições sobre a usura (leis de 1880 e 1893) e sobre operações de Bolsa, milhares de disposições para assegurar a economia de guerra, disposições penais sobre manipulação de preços (no contexto do largo processo inflacionário dos anos 1920), leis para proteção da República etc. (2004, p. 49).

Reconhece **Vogel**, todavia, que os nazistas radicalizaram a tendência de expansão legiferante, e é precisamente aqui que “o domínio de poder nazista se diferencia de outras ditaduras totalitárias que, na prática, se valiam exclusivamente de repressão e de terror extralegais, através de militares, paramilitares, serviço secreto e polícia” (2004, p. 50). **Wesel** assegura que “nunca na Alemanha [como no período nazista] foram editadas tantas leis em tão pouco tempo, que transformariam o direito penal e o processo penal em instrumentos do terror” (2006, p. 496). **Baratta** diria que o ordenamento jurídico alemão sofreria uma degeneração autoritária depois de 1933 (1966, p. 2).¹⁵²

Franz Gürtner, ministro da justiça do Reich, ao comentar, no segundo semestre de 1935, as idéias que presidiam a “renovação” nazista do direito penal, dizia que três leis, editadas naqueles últimos anos, realizavam as idéias fundamentais do novo Código Penal que deveria surgir (1936, p. 18). Eram elas as seguintes: **(i)** a lei contra criminosos habituais perigosos e sobre medidas de segurança, de 24.11.1933¹⁵³; **(ii)** a lei de 24.04.1934, que deu nova redação aos dispositivos sobre alta traição (Hochverrat) e traição à pátria (Landesverrat)¹⁵⁴; e **(iii)** a lei de 28.06.1935, que permitiria a analogia em matéria penal. Os

¹⁵² No mesmo sentido, KIRCHHEIMER, 1996, p. 172.

¹⁵³ Já em 1933, os nazistas editariam lei que permitia a esterilização forçada de pessoas com certas doenças hereditárias (lei de 14.7.1933); a lei contra criminosos habituais perigosos e sobre medidas de segurança, de 24.11.1933, é vista como uma decorrência dessa política eugenista e racial (e não especificamente de política criminal) (MÜLLER, Christian, *Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933*, Göttingen, 2004, p. 279, apud VORMBAUM, *Einführung...*, p. 195). Entre as medidas de segurança, previa-se a castração forçada de criminosos sexuais perigosos (“Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher”, § 42a, 5). Ponto nuclear da nova lei era a custódia de segurança (Sicherungsverwahrung) para criminosos habituais (que, todavia, na esteira de v. Liszt, já constava do Projeto Radbruch, de 1922, cf. § 45), que era temporalmente ilimitada. Esta lei também previa a imputabilidade diminuída (§ 51) e introduzia um delito de cometimento de crime em estado de embriaguez, para punir as hipóteses de *actio libera in causa* (§ 330a).

¹⁵⁴ Esta lei servia a uma organização, complementação e agravamento das penas da alta traição (Hochverrat) e da traição à pátria (Landesverrat). Havia várias leis e decretos, já editados pelos nazistas, que tratavam desses delitos. Todavia, no início de 1934, essas leis já eram consideradas lacunosas e pouco severas, sendo a edição de uma nova lei vista como necessária para organizar, complementar e agravar o tratamento desses crimes. Equiparava-se a tentativa e a consumação desses crimes; punia-se a preparação desses delitos (p.ex., § 83); cominava-se freqüentemente a pena de morte (ora coativa, ora facultativamente); e permitia a imposição da medida de segurança de *Sicherungsverwahrung* (custódia de

nazistas, como se verá, editaram inúmeras leis que tinham por objeto a proteção do regime recém-empossado (p.ex., as leis que ampliaram a punição de crimes políticos) e a realização de suas convicções racistas (p.ex., as leis penais que criminalizaram o casamento entre judeus e alemães). Mas eles não se limitaram a isto: eles editaram várias leis que davam soluções (evidentemente, as mais autoritárias) a questões que já vinham sendo exigidas por correntes ou até pela maioria da doutrina (p.ex., a introdução de medidas de segurança). Tem, assim, razão **Eberhard Schmidt** quando diz que as realizações do legislador nazista tiveram duplo caráter: de um lado, constituíram medidas típicas da ideologia nazista; e de outro, se ligariam a exigências político-criminais dos anteriores movimentos de reforma (1995, p. 430).

No que toca à proteção do regime político, os nazistas lançaram mão, profusamente, da legislação penal, com o objetivo de habilitar poder punitivo contra adversários políticos. Já quatro dias depois da ascensão de Hitler ao poder, era editada a lei de 04.02.33, para proibir, sem comunicação prévia de 48h, desfiles e reuniões ao ar livre, e reuniões políticas em ambientes fechados, e para permitir a apreensão e confisco de impressos (inclusive jornais ou revistas) que pudessem colocar em perigo a segurança pública ou a ordem; inúmeras condutas a elas relacionadas eram criminalizadas.¹⁵⁵

Outros decretos foram editados para criminalizar condutas contra o governo nazista, muitas vezes em termos terrivelmente vagos e abertos. Um decreto, de 21.03.33, editado especificamente para proteger o governo de **Hitler** e as associações que o apoiavam (o partido nazista e suas seções), apenava atos de portar ou de vestir, sem autorização, um uniforme ou um símbolo dessas associações (§ 1), de praticar, vestindo desautorizadamente um uniforme ou um símbolo, um fato punível (§ 2, 1); se o fato fosse cometido com a intenção de causar revolta, ou medo ou temor na população, ou de preparar dificuldades de política externa para o Reich, a prisão poderia ser perpétua (em casos especialmente graves, cabia pena de morte, cf. § 2, 2). Criminalizava, ainda, “quem, intencionalmente, faz uma afirmação fática, falsa ou altamente enganadora, que seja apta a prejudicar severamente o bem-estar do Reich ou de uma Land ou a reputação do governo do Reich ou do governo de uma Land, ou dos partidos

segurança), mesmo sem os pressupostos legais, bastando que a segurança pública a exigisse (§ 93). A competência para o julgamento desses delitos passaria para o Volksgerichtshof, que esta lei também criava (artigo III).

¹⁵⁵ Por exemplo, quanto às reuniões e desfiles, organizar ou dirigir reunião ou desfile, sem comunicação prévia, ou desviando intencionalmente das informações dadas na comunicação, ou contra uma proibição de reunião ou desfile ou contra uma condição imposta, é punido com detenção e multa (§ 16, 1); prover local para uma reunião não comunicada ou proibida, é punido com detenção e multa (§ 16, 2). Tomar parte de reunião ou desfile não comunicada ou proibida, é punido com multa (§ 17,1). Negar, como organizador ou dirigente, lugar adequado ao encarregado da polícia (§ 17, 2) ou não se afastar imediatamente, após a declaração da dissolução da reunião (§ 17,3), é punido com multa. Quanto aos impressos, era crime, p. ex., editar, publicar, imprimir ou divulgar impresso periódico proibido, é punido com detenção mínima de 3 meses, além de multa (§ 18), dentre outros crimes.

ou associações que apóiem estes governos” (§ 3,1); a modalidade culposa também era punível (§ 3,3).¹⁵⁶ Outro decreto, de 20.12.34, estenderia ainda mais os tipos e aumentava as penas para estes delitos. Pela lei de 28.06.35, foi criado o delito de insulto ao partido nazista, incluído no § 134b, do RStGB: insultar ou tratar maliciosamente com desprezo o partido, suas seções, seus sinais de grandeza, seus estandartes ou bandeiras, suas insígnias, suas comendas, é punido com detenção; o fato só é perseguido com requisição do ministro da justiça.

Outro decreto, de 19.05.33, criminalizava o uso público de símbolos da história alemã, do estado alemão ou do enobrecimento nacional, de uma maneira apta a violar a dignidade desses símbolos (§ 1); quem o fizesse, mesmo por via de canções e de jogos (§ 8), dolosa ou culposamente, podia ser punido com prisão simples ou multa (§ 9,2). **Werle** ressalta que, como símbolos do enobrecimento nacional, valiam aqueles do movimento nazista (as imagens e o nome do Führer, a suástica e o hino nazista) (1989, p. 76). Na medida em que o Partido Nazista se tornou o partido único, uma lei de 14.07.33 criminalizava o ato de empreender a reorganização de um partido ou a criação de um novo.

Os âmbitos de punibilidade de crimes políticos seriam profundamente alargados, com sucessivos decretos (de 28.02.1933, de 13.10.33, de 24.04.1934), que estenderiam os tipos de alta traição (Hochverrat) e de traição à pátria (Landesverrat) no Código Penal (§§ 80 a 93), para punir atos preparatórios, aumentar as penas e estender os tipos penais. O citado decreto de 13.10.33 (lei para garantia da paz jurídica) punia com a morte, ou com reclusão perpetua, ou com reclusão até quinze anos (se não houve pena mais grave), quem empreendesse matar um juiz, um procurador, um funcionário da polícia política, civil, de vias, florestal, de alfândega, de proteção ou de segurança, um membro do exército, da S.A., da S.S., um funcionário do NSDAP, outras autoridades (§ 1,1), ou um jurado, juiz leigo, testemunha ou perito (§ 1,2), por motivos políticos ou por sua atividade funcional, ou quem instigasse alguém, se oferecer, aceitar oferta, ou se encontrar com alguém, para um tal homicídio. Em 02.07.36, passa-se a punir também a omissão de denúncia desses crimes e de outros.¹⁵⁷

¹⁵⁶ **Werle** diz que este artigo é o primeiro exemplo marcante de uso de meios penais para a proteção da confiança na liderança nazista; na prática, este artigo era um instrumento para luta contra manifestações oposicionistas e era usado cotidianamente (Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, p. 72). Este decreto se afastava do princípio da territorialidade (então vigente no CP alemão), e previa a perseguição de fatos praticados, por alemães, no exterior.

¹⁵⁷ Quem toma conhecimento crível de um projeto de alta traição, de dano a meios de defesa, de um crime contra a vida, de um crime de moeda falsa, de um roubo, seqüestro ou crime de perigo comum, e se omite de denunciar à autoridades ou ao ameaçado em tempo hábil, é punido com detenção (§ 139, RStGB); se o fato não for tentado, a pena pode ser excluída. Em casos especialmente graves, pode ser imposta reclusão, e quando o fato planejado for punido com a morte, pode ser imposta reclusão perpétua ou morte.

Preocupações com o fortalecimento do exército alemão também levariam a muitas incriminações. Lei de 28.06.35 criminaliza a fuga de cumprir o serviço militar¹⁵⁸ (seja saindo do país, seja se mantendo no exterior) (§ 140, do RStGB), bem como a saída, sem autorização, do militar da reserva (§ 140a); a pena era maior, se há uma ordem do Führer para tempo de guerra ou de perigo de guerra (§ 140b). Facilitar essa fuga também era crime (§ 141). Auto-lesão (§ 142) ou emprego de fraude (§ 143) para evitar cumprir serviço militar (§ 142) também foram criminalizadas. Danificar, destruir ou inutilizar meios de defesa ou instalações do exército alemão também tiveram penas aumentadas (§ 143a); se causasse perigo comum, ou se ocorresse outra hipótese especialmente grave, a pena podia ser de reclusão temporária ou perpétua, ou até de morte (§ 143a, 3).

No contexto da guerra, outros crimes políticos, com fins militares, seriam criados ou teriam penas aumentadas: **(i)** lei de 12.03.40 aumentava as penas para a fuga do serviço militar, em lei especial; **(ii)** lei de 29.03.40 impunha pena de morte para o ato de desviar, em proveito próprio, metal que era destinado à indústria de armas; **(iii)** lei de 23.12.41 punia com a morte o ato de desviar mercadorias destinadas ao front de guerra, no esforço de guerra contra os russos; **(iv)** lei de 09.04.42 também impunha morte para quem, no cometimento de um crime, se disfarçasse de membro da polícia alemã de um de seus órgãos auxiliares, e do exército alemão.

Em geral, a guerra levaria à criação de novos crimes e à elevação de penas de crimes já existentes. No dia da irrupção da guerra (01.09.1939), seria editado um decreto que concitava o povo alemão a não ouvir rádios estrangeiras e criminalizava, com reclusão, o ato de escutar intencionalmente rádios estrangeiras; o aparelho de rádio era apreendido (§ 1). A divulgação dolosa de notícias de emissor estrangeiro, que fossem aptas a colocar em perigo a força de resistência do povo alemão, era punida com reclusão; em casos especialmente graves, com a morte (§ 2). Dias depois, em 05.09.39, viria o decreto de nocivos ao povo (Volksschädlinge), que punia diversas condutas: **(i)** saquear em territórios ocupados (§ 1), pena de morte; **(ii)** cometer crime contra a vida, integridade corporal ou patrimônio, durante momentos em que estão sendo aplicadas medidas de defesa de perigo de ataque aéreo, pena de reclusão de 15 anos ou perpétua, em casos especialmente graves, pena de morte (§ 2); **(iii)** quem pratica um incêndio ou um outro crime de perigo comum e, com isso, causa dano à força de resistência do povo alemão, é punido com a morte (§ 3); **(iv)** quem,

¹⁵⁸ Lembre-se que, em 16.03.35, **Hitler** logrou reinstaurar o serviço militar obrigatório.

intencionalmente, se aproveita do estado de guerra para cometer qualquer outro delito, é punido com pena de 15 anos, reclusão perpétua ou, quando isto seja exigido pelo sentimento do povo, por causa da especial reprovabilidade da conduta, com a morte (§ 4). Lei de 05.12.39 criminalizava, com a pena de morte, o ato de usar, em um estupro, roubo de rua, roubo a banco, ou em um outro grave fato violento, armas de fogo, cortantes ou de choque, ou outro meio igualmente perigoso, ou ameaçar a vida ou a integridade corporal de outrem com uma tal arma (§1); a tentativa e a cumplicidade tinham pena igual ao do crime consumado ou da execução (§ 4, lei 05.12.39), inclusive com efeitos retroativos (§5).

Ligada umbilicalmente a aspecto autoritário essencial à ideologia nazista, seria editada draconiana legislação penal racial, voltada especialmente aos judeus. Pela lei de 15.09.35 (lei de proteção do sangue alemão e da honra alemã), eram criminalizados o casamento (§ 5,1) e a conjunção carnal (§ 5,2) entre judeu e alemão, bem como o mero fato de um judeu empregar uma mulher alemã com menos de 45 anos (§ 5,3).¹⁵⁹ Um nacional alemão que ajudasse a disfarçar o caráter judeu de um estabelecimento comercial, ou que fosse testa-de-ferro de um judeu, de modo a enganar o povo ou as autoridades, cometia crime (§§ 1 e 2, da lei 22.04.38). Lei de 17.08.38 obrigava judeus a terem apenas certos prenomes (Israel ou Sara), e até a introduzi-los se não os tivessem, e a usá-los em quaisquer atos jurídicos (especialmente de comércio); qualquer violação a essas obrigações era crime (§ 4,1 e 4,2). Quando a lei de 05.10.38 invalidou todos os passaportes de judeus, a omissão de entregar tempestivamente o passaporte foi criminalizada (§ 2).

Durante a guerra, o rigor contra judeus evidentemente aumentaria muito, chegando à terrível lei de 04.12.1941 para os antigos territórios poloneses ora ocupados pelos alemães, que estabelecia que judeus e poloneses são punidos com a morte, e em casos menos graves com pena de prisão, se se expressam de modo hostil quanto à Alemanha (§ I.3), se causam dano a estabelecimentos das autoridades alemãs (I.4.2), se insuflam desobediência a ordens dadas por autoridades alemãs (I.4.3), atos preparatórios também (I.4.4), se ficam sabendo de tais atos e se omitem em denunciar, tempestivamente, às autoridades alemãs (I.4.4), e se encontrados na posse de arma de fogo, de granada de mão, arma cortante ou de choque, meios explosivos, munição, ou outros aparatos de guerra, ou, ainda, tem conhecimento de quem os tem e não denuncia (I.4.5).

¹⁵⁹ **Rüping e Jerouschek** dizem que essa lei é exemplificativa do novo direito usado para consolidar o domínio nazista, estando influenciada pela consideração de que a pureza do sangue alemão seria pressuposto para a sobrevivência do povo alemão (2007, pp. 119-20).

A Parte Geral do Código Penal alemão foi objeto de importantes alterações por parte dos nazistas, frequentemente para expandir poder punitivo. Foi abolido o princípio da legalidade, permitindo-se a analogia em matéria penal e tornando facultativa a retroatividade da lei penal mais branda e da *abolitio criminis* (§ 2a, pela lei 28.06.35) (vide item 3.7.3.1, *infra*). Foram inseridas, pela lei de 24.11.33: (i) uma terrível hipótese de agravamento de pena (§ 20a), que ditava que, em caso de uma terceira condenação criminal, deveria ser imposta pena de reclusão — *Zuchthaus* (é claro que se não fosse cominada pena mais grave ao fato!), desde que da valoração geral dos fatos (ou seja, dos três crimes), resultasse que o agente é um criminoso habitual perigoso; e (ii) as medidas de segurança, que até então não existiam na Alemanha (§§ 42a a 42n) (vide itens 3.7.3.6 e 3.7.3.7, *infra*).¹⁶⁰ É adotado, como primeira regra em termos de lei penal no espaço, o princípio da personalidade (ou da nacionalidade), mas não se aplica a lei alemã ao crime do exterior, se o “são sentimento do povo alemão” indica que não se trata de ilícito merecedor de pena (§ 3,2, pela lei 06.05.40); é evidentemente mantido o princípio da territorialidade (§ 4).¹⁶¹ Por leis de 29.05.1943 seriam abolidas a obrigatoriedade de diminuição de pena da tentativa, que se tornaria facultativa (§ 44,1), e a acessoriedade da participação (§ 49a) (assim, quem instigasse ou ajudasse outrem a cometer ou a participar de um delito passaria a ser punido como instigador ou cúmplice, ainda que o crime não fosse cometido ou que ocorresse independentemente da instigação ou da cumplicidade). O Ministério Público, por uma das leis de 29.05.43, passaria a ter o poder de determinar, independentemente do juiz, a interrupção do prazo prescricional, se entendesse que o crime investigado comportava pena de morte ou de reclusão perpétua (§ 66 II). A *Festungshaft*, que era uma modalidade de prisão-pena em que se reconhecia a honradez do crime cometido pelo preso (que ficava custodiado em um forte)¹⁶², seria muito limitada, passando, quando cominada alternativamente, a ser exceção (§ 20, pela lei 26.05.33) (vide item 3.7.3.7, *infra*).

A Parte Especial seria, para além da disciplina dos crimes políticos, alterada múltiplas vezes, objeto de inúmeras alterações para aumentar penas e ampliar as hipóteses de

¹⁶⁰ A mesma lei alteraria a definição de inimputabilidade e passa a prever a semi-imputabilidade. Antes, o § 51 do RStGB (que trata da inimputabilidade) dizia que a doença mental excluía a livre determinação da vontade, e passa a dizer que impede a compreensão da ilicitude do fato, e comportar-se de acordo com esse entendimento. A semi-imputabilidade passa a estar prevista sendo que a punição pode ser diminuída, de acordo com a regulação da tentativa (§ 51, 2).

¹⁶¹ Em 1933, já havia sido feita uma alteração pequena nesta matéria, permitindo a extraterritorialidade de lei penal alemã para contravenções de moeda falsa (§ 4, 2, 1, pela lei 26.05.33).

¹⁶² Na Alemanha, havia diversas modalidades de prisão: *Zuchthaus* (reclusão), *Gefängnis* (detenção), *Haft* (prisão simples) e *Festungshaft* (prisão em forte).

criminalização.¹⁶³ A lei de 26.05.33 introduzia o crime de maus tratos a animais (§ 145b, com pena de detenção de até 6 meses); estendia o âmbito de punibilidade da denúncia caluniosa (§ 164); criminalizava atos preparatórios de aborto (§§ 219 e 220); aumentava a pena para crimes de lesão corporal contra menor de 18 anos ou pessoa com debilidade ou doença (§ 223b), e para “casos especialmente graves” de estelionato (§ 263, 3); estendia o âmbito de punibilidade do crime de infidelidade (Untreue), e o qualificava nas mesmas hipóteses do estelionato (§ 266); e, ainda, criminalizava a violação de regra protetiva dos animais (§ 360, 13).

A lei de 24.11.33 alterava o CP alemão, introduzindo tipos que tinham marcado acento de um direito penal de autor e que também criminalizavam condutas ligadas a medidas de segurança; ou seja, busca lidar com condutas timbradas por periculosidade, real ou suposta. Quanto a medidas de segurança, criminalizava a violação da medida de segurança de proibição de exercer ofício (§ 145c), o fornecimento de bebidas alcoólicas ou outros meios inebriantes a quem está internado em um estabelecimento de desintoxicação, sem autorização do diretor (§ 330b), o favorecimento pessoal daquele que recebeu qualquer medida de segurança (§ 257a), e o abuso de autoridade do funcionario que impõe medida de segurança não imposta pelo tribunal (§ 345,1). Em questões de direito penal de autor e de periculosidade, tal lei criminalizava o ato de ter a posse, ou de entregar a outrem, instrumento para cometimento de furto, depois de ter sido condenado irrecorrivelmente por furto agravado, reincidente em furto, roubo, receptação habitual ou em atividade comercial, ou reincidente, desde que não resultasse das circunstâncias que o instrumento não está determinado à aplicação em ações puníveis (§ 245a, 1 e 2); aumentava a pena do crime de rufianismo (§ 181a); e criava o crime de colocar-se, dolosa ou culposamente, através do consumo de bebidas alcoólicas ou de outros meios inebriantes, em um estado de embriaguez excludente da imputabilidade, e, em tal estado comete uma ação ameaçada com pena (§ 330a).

A lei de 24.04.34 **(i)** ampliava o âmbito de punibilidade do crime de periclitación de tráfego ferroviário, hidroviário ou aéreo (e previa a modalidade omissiva) (§ 315); **(ii)** aumentava muito a pena do crime de homossexualismo masculino (§§ 175 e 175a); **(iii)** introduzia o crime de provocar queimadas em matas (§ 310a) e aumentava as hipóteses de

¹⁶³ Poucas foram as alterações para restringir poder punitivo: p.ex., a lei de 26.5.33, criava hipótese de impunibilidade da rixa (§ 210a) e introduzia o consentimento do ofendido na lesão corporal (§226a).

crimes contra a caça e a pesca (§ 292); e **(iv)** tornava o “são sentimento do povo” o critério para a omissão de socorro (§ 330c). A lei de 22.06.36 introduzia a extorsão mediante seqüestro de criança, com efeito retroativo e previsão de pena de morte (§ 239a).

Já durante a guerra, uma lei de 02.04.40 **(i)** excluía o máximo de três anos de pena no homicídio culposo (§ 222), **(ii)** aumentava o máximo da pena de lesão corporal culposa de dois para três anos (§ 230) e **(iii)** introduzia o crime de fuga de local de acidente de trânsito (§ 139a). A lei de 04.09.41 **(i)** criavavárias novas hipóteses de Mord (§ 211), **(ii)** cominava pena de reclusão (antes, era detenção) ao crime de usura (§ 302d, 302e) “em casos especialmente graves”, e permitia pena de multa “em patamar ilimitado”; **(iii)** aumentava a pena do crime de uso de documento de identidade falso (§ 281); **(iv)** estendia o âmbito de punibilidade de crime de queimadas (§ 310a); e **(v)** passava, quanto a medidas de segurança, a responsabilidade pela liberação (§ 42f) ou pela revogação da liberação (§ 42h) às autoridades da execução (§ 8, da lei). As leis de 29.05.43 **(i)** permitiam tentativa de vários delitos (homicídio a pedido (§ 216), receptação (§ 259), supressão de documentos (§ 274), etc.); **(ii)** criminalizavam a simulação de um fato punível (§ 145d) e o falso testemunho, mesmo que não houvesse juramento (§ 156a); **(iii)** aumentavam a pena da difamação dos mortos (§ 189), que se o “morto deu a vida pelo povo alemão”, chegava a reclusão e tornava incondicionada a ação penal; e **(iv)** aumentavam a pena e tornavam o “são sentimento do povo” o critério para a antijuridicidade do constrangimento ilegal (§ 240) e da extorsão (§ 253).

Inúmeros outros delitos, sem conotação política imediata, seriam criados por leis penais extravagantes. No âmbito do direito penal econômico, a lei de 12.06.33 (lei contra traição da economia do povo alemão) punia a sonegação de declaração de bens ou divisas no exterior, com reclusão mínima de três anos, por traição da economia do povo; ao lado da reclusão, se impunha pena de perda da honra (§ 8,1) e a modalidade culposa também era punível (§ 8, 2); por sua vez, a lei de 01.12.36 criminalizava a remessa ou a manutenção, no exterior, de patrimônio, por egoísmo ou outros motivos abjetos, que trouxesse elevados danos à economia alemã, punindo-as com a morte, e o confisco do patrimônio. Em termos de crimes comuns de segurança pública, causar acidente de carro, com a intenção de roubar, era punido com pena de morte, pela lei 22.06.38; já leis de 09.03.43 e de 18.03.43 criavam alguns tipos para proteger a família, o casamento e a maternidade: o aborto era punido com pena de morte se “o agente, continuamente, prejudica a força vital do povo alemão, a pena é de morte” (§ 218, 3).

Os nazistas, desde o início, julgavam muito importante editar um novo Código Penal, inteiramente adequado à sua ideologia (1950, p. 311).¹⁶⁴ Em reunião de 22.04.33, **Franz Gürtner** sugeriu a **Hitler** que uma comissão de juristas trabalhasse em um novo CP que refletisse o espírito do nazismo e sua filosofia de lei (GELLATELY, 2011, p. 73); já no verão europeu de 1933, começariam os trabalhos de reforma, a partir de comissão que seria instituída, em 03.11.1933, sob a presidência de **Gürtner**.¹⁶⁵ A comissão seria bastante influenciada pelo ensaio do ministro da justiça prussiano **Hans Kerll** (o *Denkschrift Nationalsozialistisches Strafrecht*, uma espécie de esqueleto do que deveria ser o novo CP), realizaria mais de 100 sessões, em cerca de dois anos de trabalho. Dos trabalhos dessa comissão surgiria o projeto de Código Penal de 1936, que, em 1.º de dezembro daquele ano, seria remetido a **Hitler** (VORMBAUM, 2009, p. 199), mas que nunca chegaria a ser editado.¹⁶⁶ Entre 1936 e 1939, novas reuniões eram feitas, resultando em um projeto de 1939, que, com a superveniência da guerra, jamais seria editado.

Ruping e Jerouschek dizem que **Freisler**, no início de 1935, sugeria que, tal como ocorrera no CP soviético, a Parte Especial do CP fosse extirpada, em favor de um tipo central que previsse como merecedor de pena e punível a violação, por um companheiro do povo, de tudo o que a comunidade do povo exigisse (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 120). Em 1936, todavia, é certo que **Freisler** apontava que a Parte Especial era importante para, embora sem pretensões de perfeição ou exclusividade, permitir que o juiz consultasse os tipos, para extrair a ideia básica, no caminho para a criação de crimes pelo “são sentimento do povo”.¹⁶⁷ O fato é que os projetos nazistas de CP sempre previram a Parte Especial, em todo o caso inteiramente resistemizada sob o influxo da ideologia nazista (destacando-se os conceitos de comunidade do povo [Volksgemeinschaft], de raça [Rasse] e de lealdade [Treu]), o que levaria a classificações específicas e à criação de novos tipos penais, adequados a esses valores.

¹⁶⁴ A multiplicidade de partidos era vista, pelos nazistas, como uma das razões pelas quais não se editou um novo Código Penal durante a República de Weimar. Eles, por isso, se rejubilavam com a unicidade partidária (imposta pela lei, como já vimos), que era o fundamento para a consecução de um grande trabalho de reforma (GÜRTNER, *Von der Entstehung des nationalsozialistischen Strafrechts: Ein Rückblick*, 1936, p. 18).

¹⁶⁵ Dessa comissão faziam parte, além de **Gürtner** e de **Kerll**, dois secretários do Ministério da Justiça (**Roland Freisler** e **Franz Schlegelberger**), vários professores (**Eduard Kohlrausch**, **Johannes Nagler**, **Georg Dahm**, **Edmund Mezger**, **Graf Gleispach**, entre outros) e cinco representantes da prática jurídica, principalmente magistrados (entre outros, **Reimer**, **Klee**, **Grau**, **Leimer**, **Lorenz** e **Graf von der Goltz**). (GÜRTNER, *Franz. Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*. 2.ª Ed. Berlim: Franz Vahlen, 1935, p. 5; ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, 1950, p. 312; VORMBAUM, 2009, p. 198).

¹⁶⁶ Gellately diz que o CP nunca chegaria a ser editado porque “Hitler invariavelmente as recusava [as minutas de CP], já que ele e outros nazistas preferiam um sistema no qual a polícia não só aplicasse a lei existente ou escrita, mas decidisse qual era a lei” (2011, pp. 73-4)

¹⁶⁷ “Aufbau und Aufgabe”, p. 57. Por tais motivos, dizia Freisler, não se podia prescindir de uma parte especial, como o CP soviético fazia.

Os nazistas, muitas vezes, admitiam, no próprio título ou em preâmbulos ou dispositivos da lei ou do decreto, que essas disposições penais eram editadas como foram de “combate”, “contra” determinados crimes ou criminosos, ou para a “proteção” ou “segurança” de algo. Essa é uma característica do direito penal do inimigo, tal como formulada por **Günther Jakobs** (2009, p. 8). A lei que criminalizava tentar criar novo partido político era uma lei “contra” a regeneração de partidos (lei de 14.07.33); a lei que impunha a declaração de bens e divisas no exterior era uma lei “contra” traição da economia do povo alemão (lei de 12.06.33); a lei que impunha pena de morte ao ato de causar acidente de automóvel com fins de roubo era uma lei “contra” (gegen Strassenraub mittels Autofallen) e os decretos de nocivos ao povo (Volksschädlinge) e criminosos violentos (Gewaltverbrecher) eram, também, “contra” (gegen) seus respectivos alvos (leis de 05.09.39 e 05.12.39). A lei de 04.09.41, ao aumentar a pena do crime de uso de documento de identidade falso (§ 281), fazia-o com a “finalidade de um combate mais duro ao abuso de documentos de identidade” (Zwecks schärferer Bekämpfung des Missbrauchs von Ausweispapieren...).

3.5.2. Vigiar e punir no nazismo: Sociedade de controle e punitivismo

Características marcantes do poder punitivo nazistas eram o exacerbado uso do poder de vigilância e de controle, e o punitivismo. Os nazistas certamente perceberam que o poder de vigilância sobre a massa é, como dizia **Foucault** (no que é seguido por **Zaffaroni**), muito mais eficaz e rentável do que o mero punir. Era tremendo o poder positivo configurador habilitado pelo nazismo. A Schutzhaft, já abordada no item que tratou do sistema penal subterrâneo, também era usado para fins de vigilância de judeus e de adversários políticos, mas, como se verá adiante, também foram empregados diversos outros meios.

Os judeus, naturalmente, foram os alvos primordiais das estratégias nazistas de vigilância. Paulatinamente, foram sendo impostas restrições cada vez maiores aos judeus, que tinham o objetivo de que as autoridades mantivessem controle muito próximo de todas as suas atividades. Judeus foram obrigados, pela lei de 26.04.38, a declarar todo o seu patrimônio (§ 1), mesmo o não-tributável (§ 2,1), o que se estende ao seu cônjuge (§ 1,2). Judeus eram obrigados a ostentar certos prenomes pela lei 17.08.38: quem não os tivesse, tinha de adicionar Israel (se homem) ou Sara (se mulher) ao seu nome (§ 2,1); isto deveria ser informado, em um mês, ao registro de nascimento e casamento e às autoridades policiais de seu domicílio, e, em todos os atos jurídicos (principalmente os de comércio), deveria ser

usado o nome judeu (§ 3). Determinou-se, por lei de 05.10.38, que os passaportes de judeus deveriam ser apresentados às autoridades em duas semanas, para serem marcados com uma indicação da condição de judeu (§ 1,3); só então voltavam a ser válidos. Os guetos judeus criados na Polônia também constituíram medidas antisemitas de vigilância.

Os adversários políticos também eram alvos da vigilância e do controle das agências do sistema penal. Já o decreto de 04.02.33, que impunha seriíssimas restrições aos direitos de reunião e de expressão, colocava, nas mãos da Polícia, o poder de controlar desfiles e reuniões ao ar livre, e quaisquer reuniões políticas. Exigia-se a prévia comunicação, com antecedência mínima de 48 horas, à polícia local, de realização de reuniões políticas públicas e de desfiles e reuniões ao ar livre, com indicação do lugar, hora e objeto (§ 1,1), que podiam ser, pela própria polícia, proibidas ou permitidas sob condição, quando, de acordo com as circunstâncias, tragam o receio de colocar em risco a segurança pública (§ 1, 2). Essas reuniões e desfiles podiam ser dissolvidos quando incitassem a desobediência às leis ou a decretos (§ 2,1), quando órgãos, instituições, serviços ou funcionários do Estado fossem insultados ou malevolamente ridicularizados (§ 2,2), quando incitavam a prática de violência (§ 2,4) ou quando simplesmente não foram previamente comunicadas ou foram proibidas, ou quando se desviem do objeto indicado na comunicação ou contrariem uma condição imposta na permissão (§ 2,5). A Polícia podia mandar um encarregado à reunião, ao qual devia ser admitido e ter garantido um lugar adequado, sob pena de dissolução da reunião (§ 3).

O mesmo decreto autorizava que a Polícia apreendesse e confiscasse quaisquer impressos cujo conteúdo fosse apto a colocar em perigo a segurança pública ou a ordem (§§ 7,1 e 2), inclusive emitidos por órgãos da imprensa (jornais, revistas, etc), se puderem levar à prática de crimes políticos (§§ 81 a 86, 92, 1 e 110, do RStGB). Se um juiz revogasse a apreensão, o recurso da Procuradoria tinha efeito suspensivo (§ 8). Impressos periódicos podiam ser proibidos, pela autoridade da Land (§ 10), se representassem a prática de crimes políticos (§ 9,1,1), se incitassem à desobediência das leis ou de decretos (§ 9,1,2), à prática de violência (§ 9,1,3) ou a uma greve geral ou em serviços vitais (§ 9,1,4), se órgãos, instituições, serviços ou funcionários do Estado fossem insultados ou malevolamente ridicularizados (§ 9,1,5), se contivessem notícias evidentemente incorretas, cuja difusão possa colocar em perigo interesses vitais do Estado (§ 9,1,7), ou se o diretor do periódico fosse alguém que estivesse proibido de exercer tal função ou que apenas com licença especial pudesse ser penalmente responsabilizado (§ 9,1,8).

A vigilância se estendia mesmo após a liberação do preso (no caso de pena) ou do internado (no caso de medida de segurança). Uma pena acessória, que aliás já existia desde Weimar, de submissão a vigilância policial (Polizeiaufsicht), podia ser ordenada, quanto prevista na lei (§ 38, 1); a Polícia, após ouvir a administração da prisão, podia colocar o condenado em vigilância policial, por até 5 anos (§ 38, 2). Os efeitos da vigilância policial eram a proibição de freqüentar determinados lugares (§ 39, 1), a expulsão do estrangeiro do país (§ 39,2), e até a realização de buscas domiciliares, sem limitação, pelo tempo em que durasse a vigilância (§ 39, 3). No crime de rufianismo, p.ex., permitia-se a imposição, posterior à pena, dessa vigilância policial (Polizeiaufsicht) (§ 181a, pela lei 24.11.33). Quanto às medidas de segurança, a própria lei 24.11.33, que as introduziu, já previa que a liberação do interno constituía mera suspensão condicionada, podendo o tribunal impor deveres especiais ao liberado e até alterar posteriormente tais condições; se o liberado demonstrasse, por sua conduta em liberdade, que a finalidade da medida de segurança exigia nova internação, o tribunal podia, não prescrita a medida de segurança, revogar a liberação (§ 42h).

Os nazistas tornaram o denunciamento um dever jurídico, penalmente sancionado. Lei de 02.07.36 tornou crime o ato de deixar de denunciar, em tempo hábil, às autoridades ou ao ameaçado, um projeto, do qual toma conhecimento crível, de alta traição, de dano a meios de defesa, de um crime contra a vida, de um crime de moeda falsa, de um roubo, seqüestro ou crime de perigo comum; se o fato a ser denunciado fosse punido com a morte, podia ser imposta reclusão perpétua ou até morte (§ 139). **Wachsmann** garante que os alemães comuns atenderam e ajudaram, com uma enchente de denúncias, não se limitando a assistiram; criou-se verdadeiramente uma sociedade policialesca (2004, p. 4).

A partir do momento em que assumiram o poder político, os nazistas colocaram em prática sua intenção de endurecer a justiça penal. No *Volkischer Beobachter* (Observador Popular) de 02.03.1933, principal jornal nazista, o lema punitivo era: “o punho desce com força”. O novo chefe de polícia de Berlim, **von Levetzow**, em meados de fevereiro de 1933, exortaria seus comandados a lutar por “lei e ordem, decência, disciplina e moral” (GELLATELY, 2011, p. 70).

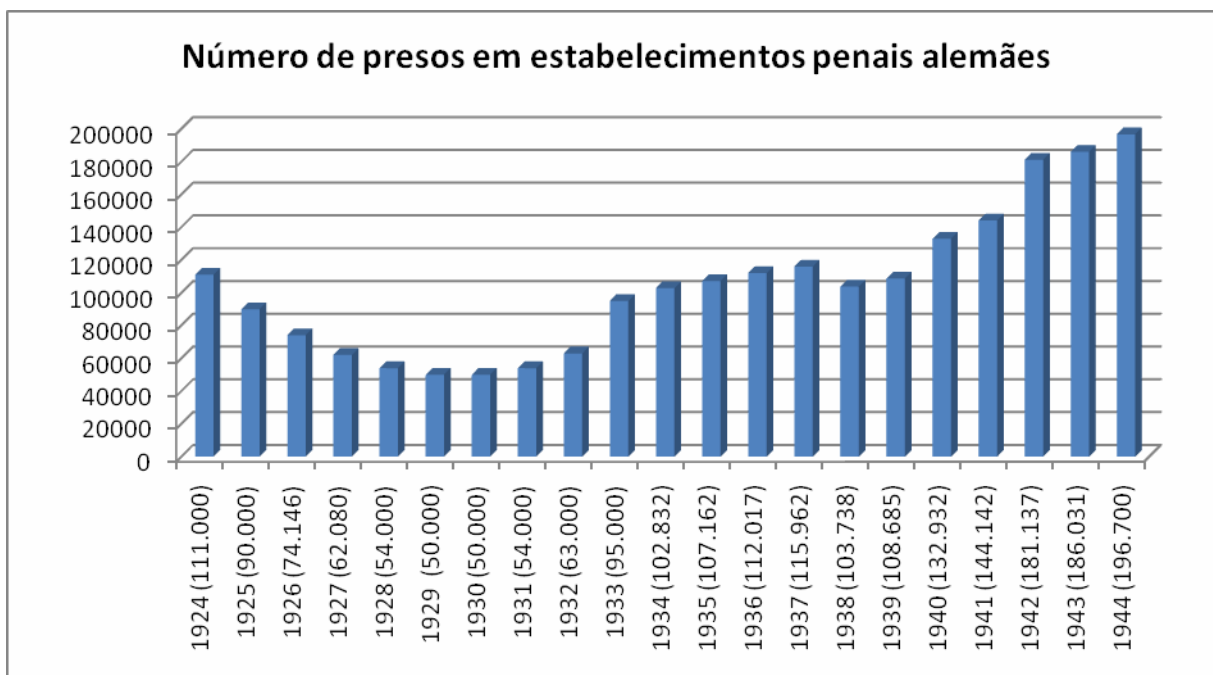
Como se mostrou no item anterior (3.5.1), as penas de inúmeros delitos foram muito aumentadas, mesmo quanto a delitos menores, como, p.ex, o rufianismo (181a), que a lei de 24.11.33, elevou de um mínimo de um mês de detenção para um mínimo de um ano de reclusão. A polícia adotou realmente uma política de “tolerância zero”, prendendo profusamente criminosos “pé-de-chinelo”: embora este número pareça exagerado, há estudos

(BURLEIGH & WIPPERMANN, 2000, p. 171; e GELLATELY, 2011, p. 72) que sustentam que mais de 100 mil pessoas teriam sido recolhidas em uma única ação policial contra pedintes e moradores de rua na Alemanha.

Os tribunais do Reich exerceram, de modo altamente autoritário, o poder punitivo que as leis penais lhes permitiam. Pode-se dizer, assim, que o punitivismo era a característica marcante do poder punitivo exercido pelos tribunais nazistas. Diversos estudos mostram que nunca, em um período tão curto da história alemã, a pena de morte foi tão aplicada quanto no período nazista (WESEL, 2006, p. 507). Entre 1934 e 1945, o Volksgerichtshof aplicaria 5.266 penas de morte (WESEL, 2006, p. 507); se se adicionar as penas de morte impostas pelos Sondergerichte, o número chega a cerca de 16.500 sentenças proferidas por tribunais civis (GELLATELY, 2011, p. 143). Os tribunais militares, como o Reichskriegsgericht (criado em 1936), são responsáveis — diz **Wesel** — por quase o dobro de sentenças de morte: cerca de 30 mil sentenças provieram de tribunais militares; o Reichskriegsgericht tinha horrendos vestígios de sangue em suas sentenças (2006, p. 508).

A prisão também passou a ser aplicada profusamente pelos tribunais no período nazista. **Wesel** diz que nunca a desproporcionalidade entre fato e pena foi tão cruel (2006, p. 507). Durante a República de Weimar, diminuiu significativamente o número de pessoas presas: em 1924, havia cerca de 111 mil presos em estabelecimentos prisionais alemães, mas três anos depois, a massa carcerária havia caído para cerca de 62 mil; em 1929, eram cerca de 50 mil presos (ou seja, uma queda de cerca de 55%). A partir do momento em que os nazistas assumiram o poder, a massa carcerária voltaria a subir terrivelmente: ao fim de 1933, a quantidade de presos chegava já a 95 mil, subindo progressivamente até o fim da guerra (quando havia cerca de 195 mil presos). Vejamos a tabela abaixo¹⁶⁸:

¹⁶⁸ Fonte: Bundesarchiv Berlin, apud WACHSMANN, 2004, pp. 392-3.



Müller diz que o assombroso aumento da população carcerária se deveu à criminalização governamental da oposição política. Exemplificativamente, três quartos dos 2.300 presos da grande prisão de Waldheim, perto de Chemnitz, eram de criminosos políticos; em Hamburgo-Fühlbüttel e Bautzen, o percentual era de dois terços. Em Remscheid-Lüttringhausen, metade era de presos políticos; em outras instituições (Koblenz, Neuwied, Hönningen e Heimbach, p. ex.), praticamente todos eram presos políticos (MÜLLER, 1991, pp. 86-87). Outras minorias também foram profundamente atingidas: os chamados “associais” (ciganos e outros vagabundos) eram frequentemente presos, em levas de centenas e até de milhares; as prisões de homossexuais também aumentariam exponencialmente, passando de 801 prisões no ano de 1932 para 8.562 prisões no ano de 1938 (GELLATELY, 2011, p. 161 e 183)

3.5.3. Autoritarismo no processo penal nazista: o caso da Untersuchungshaft

O autoritarismo nazista também teria, como não poderia deixar de ser, diversas e profundas conseqüências no processo penal alemão. Os juristas nazistas entendiam que o

processo penal alemão da República de Weimar conferia direitos demais ao indivíduo¹⁶⁹, o que contribuiria para a leniência e para a perda de autoridade da justiça criminal. A esmagadora prevalência, na ideologia nazista, dos interesses da comunidade do povo (a ponto de que o fundamento e o limite do valor do indivíduo nela se baseasse) levaria a severo enfraquecimento dos direitos do cidadão acusado (KIRCHHEIMER, 1996, p. 172).

É impossível, sem aumentar demasiadamente este já longo trabalho (talvez demandasse um outro trabalho!), discutir em detalhe cada um dos pontos em que a ideologia nazista anti-liberal e anti-individualista repercutiu no processo penal alemão. Decidiu-se, portanto, abordar com mais detalhe apenas a disciplina nazista da *Untersuchungshaft* (equivalente à nossa prisão preventiva). Tal escolha se deve a duas circunstâncias:

- (i) primeiramente, porque, como bem diz um processualista nazista, **Heinrich Henkel**, *Doktorvater de Roxin*: “trata-se de um dos mais sensíveis pontos da política do direito penal, e as respectivas soluções dadas pelo legislador processual são, em grande medida, representativas do espírito de um ordenamento processual penal” (1943, p. 311); e
- (ii) em segundo lugar, porque talvez seja o instituto tradicionalmente regulado em leis processuais penais que mais se aproxime do direito penal material: **Zaffaroni** chega a dizer que a natureza processual da prisão preventiva é “discutível” (2000, p. 166), e que as disposições que a regulam são “leis eventualmente penais”, pois elas constituem, em muitos casos, pena antecipada (2000, p. 39); por fim, **Zaffaroni** sentencia: “a prisão preventiva é um problema crucial do saber penal, pois se trata da pena de prisão mais usual” (2000, p. 170).

Para conhecer o sistema penal nazista, é, portanto, altamente relevante investigar a repercussão da ideologia nazista na regulação da prisão preventiva. Até a dominação nazista, a *Untersuchungshaft*, no processo penal alemão (§112), só era possível em duas hipóteses: (i) se houvesse suspeita de fuga (*Fluchtgefahr*) ou (ii) se houvesse prova de que o acusado fosse destruir provas ou coagir testemunhas ou co-réus (*Verdunkelungsgefahr*). A todo o tempo, permitia-se que o acusado pedisse, ao Tribunal, uma audiência oral e presencial para discutir a manutenção da prisão preventiva (§§ 114d, 115, 2, 115b, etc).

¹⁶⁹**Otto Schwarz** considerava que, em Weimar, o processo penal protegia demasiadamente o acusado, em prejuízo da verdade e, muitas vezes, determinando que processos criminais fossem inteiramente refeitos (1935, p. 1460); pleiteava ele que, sob todas as circunstâncias, deve ser modificado o processo penal, para afastar esta exagerada consideração do interesse do acusado (1935, p. 1461).

Siegert clamava que, se houvesse perigo de o imputado se opor ao “braço da justiça”, a prisão preventiva deveria ser aplicada, sem limites, e impedir até a detração de pena (1935, p. 24). Em 1934, a seção de direito da execução penal da “Academia para o Direito Alemão” (Akademie für deutsches Recht), presidida por **Hans Frank**, apresentaria, em anexo a um volume sobre os princípios do direito da execução penal, uma interessante proposição para a Untersuchungshaft:

“Enquanto que, no direito vigente, a prisão preventiva só serve à finalidade de evitar o perigo de fuga do imputado, ou de que as provas desapareçam, ela, no futuro, deverá se fazer útil (como a assim chamada “prisão preventiva profilática”) para proteger a comunidade do povo frente ao fato de que o imputado pudesse abusar de sua liberdade para novos malfeitos ou, de outra maneira, colocar em perigo a ordem pacífica do povo” (SCHOETENSACK, CHRISTIANS, & EICHLER, 1934, p. 122). .

A lei de 24.04.34, que criou o Volksgerichtshof, alterou o CPP alemão para abolir a possibilidade da audiência oral e presencial para discutir eventual revogação da prisão preventiva. A revisão da manutenção da prisão era feita sem que o acusado pudesse se avistar com o juiz da causa. Pouco tempo depois, seria editada a lei de 28.06.35, que introduziria duas novas hipóteses de Untersuchungshaft, para “segurança frente a crimes” (Sicherheit vor Verbrechen):

- (i) se houvesse provas de que o acusado fosse abusar de sua liberdade para cometer novas ações puníveis; ou
- (ii) se não fosse admissível, considerando a gravidade do fato e a excitação pública dele decorrente, que o imputado fosse deixado em liberdade.

Na fundamentação da nova lei dizia-se, claramente, que “a modificação da concepção sobre a finalidade do direito penal, que pode ser notada pela lei de criminosos habituais [de 24.11.33], obriga a uma complementação desses dispositivos da prisão preventiva”; as novas hipóteses são importantes — diz-se, ainda, na fundamentação — se a justiça não quer apenas castigar um ilícito cometido, mas também proteger eficazmente a coletividade frente ao violador do direito.

A inspiração, portanto, é claramente voltada a objetivos de securitização da comunidade do povo; as diretrizes — Richtlinien — para a reforma do processo penal chegam a invocar que “contradiria o são sentimento do povo deixar livre o violador do direito”. Os próprios juristas nazistas, conquanto aplaudam as novas hipóteses, admitem que elas não são “prisão para investigação” e correspondem, na verdade, a medidas típicas de um direito de

polícia; **Henkel** chega a dizer que a Untersuchungshaft passa a ter similitudes com a Schutzhaft (1943, p. 313).

Editada a lei de 28.06.35, o tema continuava a ser discutido, pois os nazistas também preparavam um Código de Processo Penal. Nos dias 16 e 17 de março de 1937, reuniões da Grande Comissão de Processo Penal¹⁷⁰ discutiram a Untersuchungshaft. No fim do ano de 1937 apareceria o primeiro projeto de CPP¹⁷¹, que, quanto à Untersuchungshaft, trazia as seguintes inovações:

- (i) o Ministério Público passava a deter o poder exclusivo de determinar a Untersuchungshaft na fase pré-processual (§ 202, 1); na fase processual, era, por sua vez, o juiz que detinha esse poder exclusivo;
- (ii) quanto aos fundamentos da Untersuchungshaft, o projeto mantinha fundamentalmente as quatro hipóteses que a lei de 28.06.35 havia consolidado, mas fazia as seguintes mudanças: **a.** permitia a prisão também em casos de ocultação do imputado (não apenas de fuga); e **b.** desvincularia a gravidade do fato e a excitação pública, permitindo a prisão apenas pela gravidade ou reprovabilidade do fato (§ 188, 1, 4). Ou seja, independentemente de excitação pública;
- (iii) permitia-se a Untersuchungshaft de inimputáveis (§ 189), pelos mesmos fundamentos;
- (iv) o projeto estabelecia o princípio da proporcionalidade entre a medida cautelar e o provimento final (§ 188, 2) e criava diversas outras medidas cautelares pessoais, em substituição à Untersuchungshaft: a apreensão de passaportes e outros documentos de identidade do imputado ou a proibição de emissão (§ 194, 1, 1), a proibição de sair do território do Reich (§ 194, 1, 2), a obrigação de periodicamente apresentar-se a uma repartição pública (§ 194, 1, 3) e a obrigação de prestar fiança (§ 194, 1, 4). Apesar dessas medidas, a prisão podia ser executada, se o imputado violasse as obrigações a ele impostas, se ele realizasse preparativos para fugir, se não atendesse injustificadamente uma intimação, ou se outras circunstâncias tornassem necessária a Untersuchungshaft (§ 194, 2).
- (v) a impugnação da decretação de Untersuchungshaft pela defesa do imputado só podia ser apresentada mais de duas semanas depois do início do cumprimento da prisão (§ 203, 1); e

¹⁷⁰ Os membros da Comissão que tomaram parte nas discussões sobre a Untersuchungshaft foram **Gürtner, Lautz, Freisler, Schäfer, Niethammer, Töwe, Lehmann, Kohlrausch, Neubert, Martin, Gleispach, Dörffler, Thierack, von Bacano, Schafheutle, Crohne e Stolzenburg** (SCHUBERT, REGGE, RIESS, & SCHMID, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, 1991, p. 384)

¹⁷¹ Em outubro de 1938, surgiria uma segunda versão que, quanto à Untersuchungshaft, não trazia mudanças substanciais.

(vi) cabia ao juiz decidir quanto à revogação da Untersuchungshaft; caso fosse deferida a liberdade, o recurso do Ministério Público tinha efeito suspensivo (§ 203, 3).

A própria fundamentação do projeto dizia que a hipótese de prisão relativa à gravidade ou reprovabilidade do fato se devia às necessidades de proteção da comunidade do povo e de expiação do crime grave (SCHUBERT, REGGE, RIESS, & SCHMID, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, 1991a, p. 101). Este projeto de CPP não chegou a entrar em vigor, mas ele confirma a tendência nazista a agregar uma concepção substantivista da Untersuchungshaft. Como bem diz **Zaffaroni**, essa concepção substantivista apela a conceitos como “satisfação da opinião pública”, “necessidade de intimidar”, “urgência para controlar o clamor público” etc. para justificar a prisão preventiva; e arremata:

“segundo essas posições, a prisão preventiva se imporia como uma pena, ficando a presunção de inocência subordinada à necessidade de ordem. A proposição dessa tese é clara e autoritária (na guerra contra o crime é necessário impor penas antes da sentença); seu critério é bélico (em toda guerra sofrem também os inocentes)” (2000, p. 169).

Muitas seriam as alterações no processo penal nazista. Entre outras medidas, que somente podem ser brevemente mencionadas, estão as seguintes: (i) a criação de novos tribunais tutelados pelos nazistas (tais como os Sondergerichte¹⁷², o Volksgerichtshof¹⁷³, etc.); (ii) a severa restrição da independência do juiz frente ao Poder Executivo¹⁷⁴ (e, por vezes, o

¹⁷² Já em 1933, seriam criados os Sondergerichte, para questões políticas. Consistia no estabelecimento de uma nova câmara criminal, composta por 3 juízes, dentro dos Landgerichte (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 124). Sua competência não parou de ser aumentada, até o fim da guerra. Os Sondergerichte decidiam em processos sumários e não havia apelação, nem recurso extraordinário. No fim, eles se tornaram competentes para praticamente tudo e a maioria das sentenças de morte foram por eles impostas.

¹⁷³ Seria criado, em 24.04.1934, o Volksgerichtshof, com competência originária e final para processos de alta traição (Hochverrat) e traição à pátria (Landesverrat), como consequência do descontentamento dos nazistas com a sentença no caso van der Lubbe; em 1936, se torna um tribunal comum, no sentido da lei de organização judiciária. Suas turmas decidiam com dois juízes de carreira e três juízes leigos pinçados à mão pelo Führer, nas fileiras do Partido (art III, §§ 1,2, lei 24.04.34) (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 123). Análises históricas mostram que o Volksgerichtshof não mais se via como um órgão de justiça, mas, sim, como um instrumento de luta para a aniquilação de inimigos políticos: ele aplica, até 1941, pena de morte em menos de 5% dos casos; entre 1942 e 1944, ao contrário, em quase 50% (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 123).

¹⁷⁴ Os juízes não tinham real independência, sendo pressionados a decidir de acordo com os interesses do partido nazista. Juízes não-arianos ou politicamente não comprometidos com a ideologia nazista eram aposentados ou removidos. **Hitler**, como senhor supremo dos tribunais (oberster Gerichtsherr), tinha poder total para influenciar ou revogar as decisões dos juízes. Preceitos formulados por **Dahm, Eckhardt, Höhn, Ritterbusch e Siebert** enunciam o papel do juiz e os critérios de interpretação judicial. Preceito n.º 1 abordava o papel do julgador: “garantir a concreta ordenação comunitária popular, erradicar elementos nocivos, punir condutas contrárias à comunidade, e resolver querelas entre membros da comunidade”; outros preceitos tratavam da interpretação judicial: fundamento dela é “a ideologia nazista, como ela se expressa, especialmente no programa do partido e nas manifestações do Führer” (preceito n.º 02), “as quais o juiz está adstrito” (preceito n.º 3) (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 118). O projeto de CP de 1936 estabelecia as manifestações do Führer como fonte do direito. Sob o domínio nazista, o juiz não está, portanto, mais primariamente ligado à lei, mas sim à ideologia nazista e à sua manifestação pelo Führer, que infalivelmente corporifica, mesmo em face de coletivas interpretações erradas, o verdadeiro espírito do povo. O método passa a um decisionismo, no qual, em última instância, o partido, fundado em valores do povo e da raça, define (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 118). A partir

próprio **Hitler** pessoalmente intervinha¹⁷⁵); **(iii)** o aumento da discricionariedade do juiz frente ao acusado¹⁷⁶; **(iv)** o agigantamento dos poderes do Ministério Público¹⁷⁷ e o amesquinçamento dos poderes da defesa¹⁷⁸; **(v)** o encurtamento de ritos processuais¹⁷⁹; **(vi)** a abolição da *reformatio in pejus*¹⁸⁰; **(vii)** a violação da coisa julgada¹⁸¹ etc. Todavia, o espírito

de 1942, quando **Hitler** fez de **Otto Thierack** o ministro da justiça, o ministério passou a expedir Richterbriefen, ou seja, cartas aos juízes, ordenando que as decisões fossem tomadas em determinado sentido.

¹⁷⁵ **Hitler** interveio pessoalmente, p.ex, no caso **Schlitt**, famoso à época. **Ewald Schlitt**, operário, casa em 1937, aos 25 anos. Seu casamento é infeliz; ele acha que a mulher o trai. Eles brigam. Os vizinhos ouvem vozes altas, pancadas e choro baixo. Em 1940, **Schlitt** inflige maus tratos à mulher, que é internada com em condição lastimável e morre em seguida. Em 14.03.42, **Schlitt** é condenado pelo tribunal de Oldenburg a 5 anos de prisão por lesão corporal seguida de morte. O tribunal de Oldenbourg não aplica o decreto de criminosos violentos, de 05.12.39 (que permitia pena de morte), porque **Schlitt** não havia sido previamente apenado, e porque ele atuou sob violenta emoção. **Hitler**, sete dias depois, lê o editorial de um jornal e, no mesmo dia, liga para o ministro da justiça, pedindo pena de morte. Seguindo ordens, o procurador-geral interpõe “intervenção extraordinária” (ausserordentlicher Einspruch), criada em 16.09.39 (§ 3,1), e que era um instrumento jurídico pelo qual o Ministério Público revogava decisões transitadas em julgado; esses casos deveriam, então, ser novamente decididos pela seção criminal do Reichsgericht (§ 3, 2). Tal “intervenção” foi interposta em 24.03.42; no dia 25.03.42, Schlitt já está na prisão de Leipzig, cidade-sede do Tribunal. A audiência ocorre em 31.03.42, às 9h; às 13h30m, o Reichdgericht já apreciou o caso e proferiu pena de morte, sem tratar de nenhum argumento da sentença de Oldenburg; **Wesel** diz que o Reichsgericht teria assim decidido por temor de que **Hitler** reagisse duramente contra toda a justiça. No dia 01.04, **Schlitt** é levado para Dresden, onde a pena de morte seria cumprida na manhã do dia seguinte (02.04). **Wesel** conclui: “um assassinato judicial” (2006, pp. 509-510).

¹⁷⁶ Desde a República de Weimar, diz **Baratta**, um vasto movimento doutrinário, e em particular aquele baseado na acentuação do elemento teleológico (a dita jurisprudência teleológica, inspirada no neokantismo da escola sul-ocidental), tinha preparado e favorecido um alargamento da discricionariedade do juiz, que é um fato já ocorrido antes do advento do regime nazista (1966, pp. 35-6). Sob o nazismo, o poder discricionário do juiz é claramente alargado, até como consequência da possibilidade de criação de crimes por analogia e pela permissão de Wahlfeststellung (que seriam incluídas por lei de 28.06.35). A Wahlfeststellung já vinha sendo admitida pelo Reichsgericht mesmo antes da lei de 28.06.35: sentença de 02.05.34 do Reichsgericht admitiu que, havendo dúvida quanto à detenção, pelo acusado, de uma coisa furtada ser fruto de furto ou de receptação, podia-se afirmar a responsabilidade com base na Wahlfeststellung (Jur. Wochenschrift 1934, p. 2049, RGSt, 68, p. 257ss). **Baratta** criticava a Wahlfeststellung: há nela um caráter inevitavelmente subjetivo, eis necessariamente entregue a fatores que lhe impedem segurança absoluta, como a personalidade do juiz (1966, p. 37).

¹⁷⁷ Os poderes do Ministério Público (Staatsanwaltschaft) seriam muito aumentados, ao longo de todo o domínio nazista. Os nazistas repudiavam a idéia de um processo com igualdade de partes. As simplificações dos procedimentos sempre se dirigem a diminuir o poder do juiz de conter a atividade do Ministério Público. Os projetos de CPP sempre incluíram a possibilidade de investigação direta pelo MP. Por leis de 1939 e 1940, o Ministério Público ganhou poderes de revogar sentenças passadas em julgado. A partir de 1940, os procuradores podem escolher o juiz: podem propor a ação perante um tribunal penal comum ou perante um Sondergericht (VO de 1940, §§ 4, 14). Em 1944, ganham o poder de expedir ordens de prisão (VO de 1944, §§ 5, 8) (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 121).

¹⁷⁸ Os direitos da defesa seriam profundamente restringidos. O defensor não teria total liberdade de exercer a defesa; os nazistas impunham a ele obrigações perante a comunidade do povo: ele tinha que servir ao esclarecimento da verdade e contribuir para uma sentença justa (NEUBERT, 1938, p. 256). Ou seja, perdia o defensor sua característica mais importante: ser parcial na defesa dos interesses do seu constituinte. O regime nazista tinha que confiar em que o advogado fosse levar em consideração ambos os interesses; por isso, o direito à escolha do advogado não era livre, devendo recair sobre pessoas confiáveis: judeus, por evidente, não podiam exercer a advocacia criminal.

¹⁷⁹ O devido processo legal, em seu aspecto de garantia do procedimento, seria diuturnamente violado, com o encurtamento dos ritos processuais. Por ocasião da tomada do poder no Reichstag, **Hitler** pedia elasticidade na prolação de sentenças, para a proteção da comunidade do povo. A idéia diretiva oficial para reformas do direito processual penal era o afrouxamento, isto é o abandono de formas protetivas e de direitos individuais em favor dos resultados “justos” de acordo com o nacional-socialismo (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 121). Já para o processo do incêndio do Reichstag os nazistas baixariam um decreto, em 18.03.33, abolindo uma fase processual, o Zwischenverfahren, na qual o juiz, em regra, avalia se a denúncia está apta a instaurar um processo criminal; com isso, à apresentação da denúncia segue-se inexoravelmente a audiência principal de instrução e julgamento (§ 3,1). No que toca aos judeus, em 01.07.43, no contexto dos anos finais da guerra, seria inteiramente suprimida a necessidade de processo judicial para a imposição de penas: “crimes de judeus são punidos pela polícia” (§ 1,1).

¹⁸⁰ Antes da ascensão dos nazistas ao poder, a proibição de *reformatio in pejus* tinha integral validade. Os §§ 331 e 358, 2, CPP, vigentes durante a República de Weimar, traziam, respectivamente, as proibições de *reformatio in pejus* direta e indireta no que toca a recursos. O § 373, 2, CPP, impedia a *reformatio in pejus* se uma revisão criminal, requerida em

ideologicamente autoritário do processo penal nazista já está amplamente demonstrado pela disciplina da prisão preventiva.

3.6. Idéias-chave do sistema penal nazista: segurança da comunidade do povo, são sentimento do povo alemão e *Kein Verbrechen ohne Strafe*

Como se viu no item anterior, os nazistas não só admitiam como também incentivavam que o direito fosse usado como instrumento político. Os juristas nazistas eram considerados, numa clara alusão ao uso do saber jurídico como uma verdadeira arma para a execução da ideologia nazista, membros do front do direito (*Rechtsfront*)¹⁸², encarregados da proteção da comunidade do povo alemão (*deutsche Volksgemeinschaft*).

O uso desse conceito de *Deutsche Volksgemeinschaft* era uma astuta manobra política e de retórica propagandística do nacional-socialismo¹⁸³, pois lograva, com isto, criar um supra-individual valor de identidade que abrangia a quase totalidade da população do país. Os penalistas se aproveitaram deste conceito, e logo passaram a dizer que o objetivo do sistema penal deveria ser defender a comunidade do povo alemão. Dizia **Roland Freisler** que o direito penal deve colocar a proteção da comunidade do povo como ponto central (1933, p. 9); e que o direito penal, em elevada medida, é um direito de luta (*Kampfrecht*), sendo certo que o opositor que deve ser combatido ameaça, de dentro, a existência, a força e a paz do povo: por isso, o direito penal seria um aparato permanente de auto-purificação do corpo social (1935, p. 14). **Karl Siegert** também era claro: “nós punimos porque o povo e sua ordem de vida precisam de proteção” (1934, p. 23). **Georg Dahm**, em estudo específico sobre o assunto, diria, muito significativamente, que o conceito de comunidade deveria condicionar a ciência penal em sua totalidade; crime e pena obtêm seu sentido a partir da comunidade (1935, pp. 5-6). O poder punitivo nazista teria, portanto, em todos os seus quadrantes,

favor da defesa, fosse julgada procedente para determinar novo processo contra o acusado. A lei de 28.06.35 alteraria os três artigos, para permitir a *reformatio in pejus*.

¹⁸¹ A coisa julgada, que antes detinha proteção, seria eliminada por dois instrumentos criados pelos nazistas: (i) a “intervenção extraordinária” (*ausserordentlicher Einspruch*) permitia que qualquer caso transitado em julgado fosse reapreciado pelo *Reichsgericht*: facultava-se ao procurador geral junto ao *Reichsgericht* fazer oposição, dentro de um ano, a sentenças passadas em julgado, quando ele, por importantes preocupações quanto à correção da sentença, reputasse necessária a uma nova discussão e decisão quanto à coisa (cap. I, art. 2, § 3, I, lei 16.12.39); e (ii) o “recurso de nulidade” (*Nichtigkeitsbeschwerde*) podia ser oposto pelo procurador geral contra sentenças transitadas em julgado de juizes de 1.º grau, de câmaras criminais e de *Sondergerichte*, dentro de um ano, quando a sentença, por um erro na aplicação do direito aos fatos fosse injusta (art. 5, § 34, l. 21.02.1940).

¹⁸² E, como **Carl Schmitt** diz, **Hans Frank** era o comandante desse *Rechtsfront* (2006, p. 54).

¹⁸³ Como diria depois **Hannah Arendt**, na passagem já citada, os nazistas, na verdade, não queriam saber do que era bom para a comunidade, mas sim o que era bom para o movimento nacional-socialista.

precisamente esta característica de buscar dar proteção, de buscar dar segurança à comunidade do povo.

O conceito de comunidade era essencialmente determinado por uma questão sanguínea, pois, como já se viu, o pertencimento à comunidade dependia de ter sangue ariano. Os penalistas reconheciam isto e endossavam esta definição, em termos sanguíneos e, portanto, racistas. Já em 1933, o Ministério da Justiça, pelo Ministro **Hans Kerrl**, faria publicar uma espécie de memorando (Denkschrift), do qual constavam as idéias básicas para a reforma da legislação penal alemã. No Denkschrift, a ideologia autoritária racial, vinculada à comunidade do povo, estava claramente presente: logo no primeiro parágrafo, já se dizia que o mais elevado objetivo no novo estado alemão era a estruturação de uma organizada Volksgemeinschaft, que somente poderia crescer a partir de encarar-se o indivíduo não como tal, mas como uma parte inextricavelmente ligada, por meio do sangue, ao todo (KERRL, 1933, p. 19).¹⁸⁴ **Helmut Nicolai**, diretor da seção de política interna do partido nazista, defendia uma teoria legal racial do direito penal, diria que o objetivo do direito penal, como, aliás, o objetivo do direito todo, é a proteção do povo frente a degenerações hostis à vida e juridicamente danosas (RADBRUCH, 1998, p. 222).

A conceituação da comunidade do povo em termos raciais ainda tinha a “vantagem” retórica de criar um inimigo a ser combatido, e isto era importante para o exercício do poder punitivo. Aqueles que não eram considerados membros da comunidade do povo (judeus e outros não-arianos) eram vistos como uma fonte de perigo para a comunidade do povo.

A comunidade do povo (Volksgemeinschaft), de outro lado, se fundava na coesão interna de seus membros. Os direitos e obrigações dos membros devem ser entendidos e condicionados à ligação com a comunidade. Toda a comunidade se funda na fidelidade (Treu) e na utilidade pessoal do companheiro. O conceito de fidelidade (Treu) à comunidade era de vital importância para a política criminal nazista; o direito penal protege a vida da comunidade e repele a violação da lealdade ao próprio povo (FREISLER, Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teil, Gestaltung seiner Tatbestände, 1936, p. 50). A criminalidade era um indicador de que o membro respectivo da comunidade do povo foi excluído da espécie. Pelo delito, o agente saíria da comunidade; o pertencimento à comunidade (uma relação viva e pessoal entre homens de mesma raça e atitude interna) seria quebrado pelo

¹⁸⁴ Com isto, os penalistas nazistas atendiam ao chamado de **Hans Frank** no sentido da instrumentalização do direito penal alemão como arma política do nacional-socialismo, pois, como se viu, a política racial era, talvez, a principal bandeira política do nazismo.

crime. A natureza do crime estaria, antes, na culpa, na degeneração da vontade e personalidade como um todo, na consciente renúncia dos imputáveis contra a lei vital da comunidade (DAHMG., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1935, p. 11). O criminoso era infiel e passava a ser *undeutsch*, como dizia **Hans Frank** (1938, p. 45); era, portanto, a negação da raça. O direito penal deve ser, em essência, uma ordenação da persecução de quebras da fidelidade (FRANK, 1938, p. 45).

É fácil perceber, portanto, que o sistema penal, na proteção da comunidade do povo alemão, deveria se voltar contra aqueles que, desde o início, eram perigosos, pelo mero fato de não pertencerem à raça escolhida (os judeus e os não-arianos), mas também contra todos aqueles que, embora de início, pudessem ser qualificados como alemães, se tornassem perigosos por ousarem ser infiéis à comunidade do povo (*rectius*: à ideologia do partido). A consideração dos infiéis como *undeutsche* mostra como os alemães conseguiam dar uma conotação de personalidade ao ato criminoso, bem como, por excluí-los da raça, evidencia como a política racial determinava a ideologia nazista.

A importância dada ao conceito de fidelidade já indicia o profundo autoritarismo da ideologia nazista também na consideração do valor do indivíduo: não se considerava o homem como indivíduo, mas apenas como companheiro do povo (*Volksgenossen*), como membro da comunidade concreta (*konkrete Gemeinschaft*) (DAHMG., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1935, pp. 12-13). Este era, por igual, um ponto importantíssimo do ideário político do nacional-socialismo, pois se considerava que o conceito de indivíduo era intrinsecamente liberal e democrático¹⁸⁵ e deveria ser afastado, em prol do bem da comunidade do povo alemão; os nazistas invocavam, claramente, uma visão organicista da sociedade, comparando as pessoas a células do corpo humano. **Kerrl** compara os indivíduos, no Estado nazista, a células do corpo (1933, p. 4), que, como bem lembra **Popper**, é precisamente a característica marcante da sociologia autoritária (2002, p. 165).

Em verdade, os nazistas pretendiam verdadeiramente aniquilar a individualidade, tornando todas as pessoas autômatas, sempre obedientes às ordens do Führer. Isto conduzia a que os direitos individuais liberais fossem profundamente restringidos e as obrigações estendidas, sempre em prol da comunidade. Ao liberalismo foi contraposto um pensamento autoritário: a proteção da comunidade era o interesse primordial, que sobrepujava todos os

¹⁸⁵ **Kerrl** afirmava explicitamente que democracia não criou nada de duradouro e de utilizável, para anotar que, na reforma do direito penal alemão, não usaria, em nada, o Código Penal alemão, nem os inúmeros projetos de reforma formulados desde o início do século (1933, p. 3).

direitos individuais; nesse contexto, a liberdade pessoal não tinha, evidentemente, nenhum valor, fulminada pelas exigências de proteção da comunidade do povo.

A declarada finalidade de proteção da comunidade do povo alemão contra não-alemães (sejam os judeus e demais não arianos, originariamente undeutsche, sejam os alemães que se tornassem, por infidelidade ao Führer, undeutsche – ambos eram considerados focos de perigo), aliada à completa desconsideração da individualidade (e, portanto da liberdade), evidencia que o sistema penal nazista iria ter como valor absoluto a busca da “segurança da comunidade do povo” ou, dado o conteúdo racial da comunidade, a busca da “segurança racial”.

Alguns aspectos, facilmente identificáveis, fortalecem a afirmativa de que a pedra de toque do sistema penal nazista é a “segurança da comunidade do povo” (ou a “segurança racial”). Explicitamente raciais eram, por evidente, os programas de eutanásia e de esterilização (que representavam o sistema penal paralelo) e as práticas punitivas materializadas nos campos de concentração e de extermínio, na Schutzhaft (prisão de proteção) e nas torturas e assassinatos praticados pela polícia política (que constituíam o sistema penal subterrâneo).

Legislação penal especificamente racial viria em 1935, quando certamente as forças políticas de resistência já haviam sido aniquiladas pela feroz legislação editada pelos nazistas logo após a tomada do poder. Em 15.09.1935 (mesmo dia da Reichsbürgergesetz), durante um congresso nazista em Nuremberg, **Hitler** baixaria a lei de proteção do sangue (Blutschutzgesetz), que tinha importância central para o poder punitivo nazista: criminalizava-se o casamento (§§ 1 e 5 I) e a relação sexual extramatrimonial (§§ 2 e 5 II) entre alemães e judeus, sob o argumento da preservação da pureza do sangue e da raça arianos. As penas atingiam judeus e alemães. Certamente para impedir fraudes à lei, também era crime um judeu empregar mulher ariana com menos de 45 anos (§§ 3 e 5 III).

Embora não chegue a colocar a questão precisamente nestes termos, a afirmação de **Vormbaum**, eminente estudioso da história do direito penal alemão, de que o objetivo primário da política criminal e do direito penal nazistas não deveria ser reagir a fatos, mas sim erradicar, da comunidade, elementos perigosos para a comunidade (2009, p. 186), se encaminha, claramente, neste sentido.¹⁸⁶ **Hans Frank** o diria claramente: as leis do terceiro

¹⁸⁶ Meier, ao comentar a criminologia sob o nazismo, dizia que a ideologia nazista se caracterizava pela proteção da comunidade do povo e pela pureza racial (2007, p. 24).

Reich devem trazer a aniquilação para o criminoso, para que o povo alemão seja livre (1938, p. 21).

A finalidade de securitização da comunidade do povo tinha de começar, evidentemente, por uma profunda intervenção nas agências do sistema penal. Elementos nocivos à comunidade do povo (judeus ou adversários políticos) não poderiam ser admitidos em postos-chave do sistema penal.

É comum, em obras de penalistas brasileiros, a menção ao “são sentimento do povo” como instrumento, usado pelo governo nazista, de quebra do princípio da legalidade. A análise da literatura penal, da jurisprudência criminal e dos projetos de Código Penal sob o nazismo mostra, todavia, que o papel do *gesundes Volksempfinden* (“são sentimento do povo”) no sistema penal nazista era infinitamente mais abrangente.

O são sentimento do povo alemão (*gesundes Volksempfinden*) tinha funções claramente normativas e interpretativas: era fonte do direito e era o parâmetro para definir o conteúdo e a aplicação do direito penal.¹⁸⁷ O legislador não cria o direito, apenas o publica; o povo era a fonte do direito (PETERS, 1938, p. 338). **Karl Peters** atribuía ao “são sentimento do povo” duas funções no direito penal nazista: função de controle e função constitutiva. No primeiro caso, o “são sentimento do povo” controlava a interpretação: um resultado interpretativo da lei só era correto se ele não estivesse em contradição com o “são sentimento do povo”; no segundo caso, a decisão judicial podia se fundar não só na lei, mas também, de modo determinante, apenas no “são sentimento do povo” (1938, p. 343).

Pressupunha-se o sólido enraizamento do juiz na visão básica nazista da comunidade do povo. Na prática, impunha-se que o juiz interpretasse a lei penal de acordo com a vontade de condução do povo, que não se expressava apenas na lei, mas também continuamente em outras manifestações (WERLE, 1989, p. 166). Diz **Donnedieu de Vabres** que o juiz alemão só está à altura de sua missão se ele mesmo se sente um elemento da comunidade nazista (2009 [1938], p. 136). A expressão do significado do “são sentimento do povo” devia ser buscada, pelo juiz, nas manifestações do próprio **Hitler** (KIRCHHEIMER, 1996, p. 175). O § 2 do Projeto do CP de 1936 dizia isto com clareza assustadora: “Guia da aplicação do direito

¹⁸⁷ GÜRTNER & FREISLER, *Das neue Strafrecht*, 1936, p. 32. **Donnedieu de Vabres** também anotava que na Alemanha nazista quando uma questão de direito fosse duvidosa, urge consultar, para resolvê-la, a são opinião do povo (2009 [1938], p. 114)

são os anúncios do Führer. Toda lei penal deve ser interpretada de acordo com o seu pensamento básico”¹⁸⁸.

Dahm dizia, em 1935, que, na comunidade do povo, a lei ganha um novo significado: nela se expressa a vontade formativa do Führer, que deve proteger a unidade do pensamento jurídico alemão global ante o crescimento acelerado de formações concretas da comunidade. A lei não é mais a letra morta, mas, por si, a expressão de um pensamento da comunidade do sangue alemão (DAHM G., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1935, p. 17). A segurança jurídica deveria defluir da unitária visão de mundo nazista, que definiria, por publicações do Führer e das exigências básicas do partido, o são sentimento do povo (WERLE, 1989, p. 163).

Nas suas funções de constituir fonte de direito e critério interpretativo geral, o “são sentimento do povo” seria uma das chaves hermenêuticas para permitir a criação de tipos penais por analogia, introduzida no § 2 do CP pela lei de 28.06.1935 (mais extensamente, cf. item 3.4.3.2). A mesma lei ainda criava hipótese de omissão de socorro (§ 330c) a partir de dever fundado no “são sentimento do povo”. Mas não é só: o “são sentimento do povo” ainda era expressamente invocado, seja pela doutrina, seja em projetos do Código Penal, para fundar a cláusula de equivalência entre ação e omissão, disciplinar o erro de direito, determinar os limites da legítima defesa e do estado de necessidade, e até regular alguns casos de extraterritorialidade da lei penal.¹⁸⁹ Inúmeras normas penais incriminadoras também fariam referência ao “*gesundes Volksempfinden*”, para definir a tipicidade da conduta criminosa; p.ex, no StGB, os crimes de constrangimento ilegal (§ 240) e de extorsão (§ 253) tinham sua reprovabilidade vinculada ao são sentimento do povo alemão, e, em leis extravagantes, o § 4, do decreto contra nocivos ao povo (*Verordnung gegen Volksschädlinge*), de 05.09.1939.

Portanto, a fórmula do “são sentimento do povo alemão” era muito mais do que um critério para violação do princípio da legalidade; era mesmo a expressão legislativa do *Zeitgeist* (espírito do tempo) do direito penal nazista: o de que cabia ao direito penal, confundido com a moral, proteger a segurança da comunidade do povo. **Nagler** dizia que o “são sentimento do povo alemão é a palavra-chave para a atitude sócio-ética de todo o direito” (1938, p. 41).

¹⁸⁸“§ 2. Wegweiser der Rechtsfindung sind die Kundnachungen des Führers. Jedes Strafgesetz is nach seinem Grundgedanken sinngemäss auszulegen”

¹⁸⁹ Quanto ao projeto de Código Penal de 1936, p.ex., o são sentimento do povo aparecia no § 1 (permissão de analogia), no § 13 (omissão imprópria), § 15,3 (erro de direito), §§ 23 e 24 (legítima defesa e estado de necessidade), e § 81 (lei penal no espaço).

A impregnação do “são sentimento do povo” em todo o sistema penal era uma emanção clara de tendências expansivas (pois, o que se pretendia, basicamente, era alargar o âmbito de criminalização), materializantes (pois permitia a quebra de formalismo), eticizantes (pois é claro que o sentimento do povo podia se fulcrar em aspectos de mera moralidade) e funcionalizantes (pois sua interpretação seria, por óbvio, dirigida a atingir resultados práticos adequados à visão do direito penal como instrumento da política).

As idéias de “segurança da comunidade do povo” e de “são sentimento do povo” levariam a que o tradicional princípio liberal *nullum crimen sine lege* fosse substituído por uma sinistra e bem diversa fórmula: *nullum crimen sine poena* (Kein Verbrechen ohne Strafe). A importância desse novo lema pode ser bem aquilatada por circunstâncias narradas por **Gellately**:

“Esse slogan tinha o objetivo de exercer apelo sobre aqueles que estavam fartos pelo fato de o sistema judicial dar muitos direitos a perpetradores de crimes e ignorar os custos sociais. A chamativa frase em latim foi traduzida e popularizada na imprensa, e já em meados de 1934 era escrita em selos colados nas capas dos processos judiciais. Presumivelmente, o selo inspirava as atividades cotidianas de advogados e juizes nas cortes anunciando: ‘Antes: [isto é, pré-1933] nenhum punição sem lei. Agora, nenhum crime sem punição’ (2011, pp. 74-5).

3.7. Autoritarismo criminológico e jurídico-penal sob nazismo

O autoritarismo do sistema penal nazista, que se guiava pela “segurança da comunidade do povo”, pelo “são sentimento do povo” e pelo “Kein Verbrechen ohne Strafe”, se manifestou claramente nas leis editadas pelos detentores do poder e em suas práticas de controle e de punição, como se buscou examinar nos itens precedentes.

É importante, agora, analisar se e em que medida o saber criminológico e o saber jurídico-penal foram influenciados pela autoritária ideologia nazista. A profunda ligação entre saber e poder, denunciada por **Michel Foucault** (e abordada no item 1.1.3), já indicia que a criminologia e o direito penal alemães devem ter sido, de fato, muito influenciados. Como se verá adiante, a criminologia e o direito penal da Alemanha de Weimar, aclamados por sua alta sofisticação científica, seriam profundamente influenciados pelos criminólogos e juristas nazistas, para ajustá-los às finalidades políticas do partido. Frequentemente, essa influência não significou uma profunda perversão, nem uma quebra de continuidade nas pesquisas e nos estudos que já vinham sendo realizados anteriormente; bastou radicalizar certas tendências criminológicas ou jurídico-penais que já existiam ou apenas dar novas interpretações.

Influenciar a produção criminológica e jurídico-penal passava por um pressuposto básico: ocupar as agências do sistema penal responsáveis pela produção desses saberes. Para isto, os nazistas, como se verá, demitiram professores judeus ou, de outro modo, contrários ao regime, e criaram ou ocuparam associações e revistas; esse é o tema do item **3.7.1**, infra. Em seguida, com o campo livre, criminólogos e penalistas alinhados ao regime do Terceiro Reich puderam expor e desenvolver teorias criminológicas e jurídico-penais que habilitavam a expansão do poder punitivo, tal como os nazistas pretendiam. Nos itens **3.7.2** e **3.7.3**, são expostas expor algumas das conseqüências do autoritarismo nazista para, respectivamente, a criminologia e o direito penal alemães.

3.7.1. Autoritarismo nas agências de discurso criminológico ou jurídico-penal

Uma cabal reformulação dos discursos criminológico e jurídico-penal devia passar, evidentemente, por câmbios nas agências do sistema penal responsáveis pela gênese e reprodução desses discursos.¹⁹⁰ O controle total buscado pelos nazistas, exigia, todavia, que mesmo as agências não-estatais passassem à batuta dos nazistas. Para obter tal controle, os nazistas adotaram a seguintes medidas: **(i)** destituíram os catedráticos de direito penal que fossem judeus ou que fossem considerados politicamente perigosos e os impediram de publicar textos sobre direito penal, e colocaram em evidência os catedráticos ou, quando necessário, promoveram os mais jovens que fossem alinhados com a ideologia nazista (ou seja, as agências de reprodução ideológica); e **(ii)** assumiram o controle de associações ligadas ao direito penal ou esvaziaram-nas, criando suas próprias associações.

Os juristas nazistas, liderados por **Hans Frank** e **Carl Schmitt**, chegaram a realizar um vergonhoso congresso, nos dias 3 e 4 de outubro de 1933, sobre “O judaísmo na ciência do direito” (Das Judentum in der Rechtswissenschaft), com vistas a discutir modos de eliminar a influência dos judeus no direito, incitando que livros de juristas judeus não fossem lidos. Desde o início do domínio nazista, passaram a ser destituídos e perseguidos os professores de Universidades, os funcionários públicos, os cientistas (p. ex. **Einstein**), os intelectuais (p.ex., **Thomas Mann** e **Bertolt Brecht**) e, em geral, qualquer pessoa que detivesse posição de poder ou projeção, mas que fosse de origem judaica ou não se alinhasse à

¹⁹⁰ Como já abordado anteriormente, os nazistas já tinham intervindo em outras agências do sistema penal, com a criação de novos tribunais (p.ex., os Sondergerichte e o Volksgerichtshof) com competência para os delitos que mais os preocupavam, com o fortalecimento da polícia secreta do Estado (Gestapo) e dos grupos paramilitares (S.A. e S.S.), e, desde o início (decreto de 04.02.33), com o rígido controle da imprensa.

ideologia nazista. Dentre os professores de direito, inúmeros foram defenestrados das faculdades, tendo seus documentos e papéis confiscados, seus livros queimados, proibidos de escrever e, em alguns casos, sendo obrigados a emigrar.¹⁹¹

Na área criminal, que nos interessa mais proximamente, vários professores foram demitidos das universidades: p.ex., **Gustav Radbruch** (nascido em 1878)¹⁹², **Richard Honig** (nascido em 1890)¹⁹³, e **Max Grünhut** (nascido em 1893).¹⁹⁴ Vários outros professores seriam, ao contrário, cooptados pelo credo nacional-socialista. O exemplo mais eloqüente é, certamente, o de **Edmund Mezger** (nascido em 1883), que já era professor titular de direito penal em Munique.¹⁹⁵ Em artigo da década de 1960, **Heleno Fragoso** já havia denunciado a adesão de **Mezger** à ideologia nazista, ressaltando que era “mancha negra na carreira do grande jurista” (1964, pp. 43, nota 61). **Francisco Munõz Conde** realizou, há pouco tempo, pesquisas bastante minuciosas, que, para além esmiuçarem as contribuições científicas de **Mezger** ao regime nazista, evidenciam que ele chegou a visitar campos de concentração (Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo, 2005).¹⁹⁶ **Johannes Nagler** (nascido em 1876), professor titular em Breslau desde 1928, assinaria o parecer do Reichtagsbrand, se tornaria membro do partido nazista em 1938, e defenderia, sem dúvida alguma, o direito penal nazista (como se veria na introdução da edição de 1944, do Leipziger Kommentar).

No lugar dos professores judeus ou não-alinhados ao regime nazista, deveriam ser colocados juristas que endossassem a ideologia nazista. Muitos docentes jovens, de cerca de 30 anos, foram, sob o critério da adequação à ideologia nazista, arregimentados para substituir

¹⁹¹ Dentre os professores de direito constitucional e de teoria do direito, **Herman Heller**, **Walter Jellinek**, **Hans Kelsen**, **Gerhard Leibholz** e **Hans Nawiasky** seriam alguns daqueles que perderiam seus cargos e que seriam forçados a emigrar.

¹⁹² **Radbruch** era um famoso jurista e filósofo do direito, havia sido Ministro da Justiça durante a República de Weimar, participara das comissões de vários dos projetos de Código Penal e era um ferrenho crítico das pretensões nazistas de funcionalizar o sistema penal para seus objetivos raciais. Professor da Universidade de Heidelberg, ele seria o primeiro professor alemão a ser demitido por motivos políticos e a ser proibido de lecionar (com base na Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, de 07.04.33). Logo após o fim da Guerra, Radbruch voltaria a lecionar na Universidade de Heidelberg, até seu falecimento, em 1949.

¹⁹³ **Honig** era professor titular na Universidade de Göttingen, e tinha origem judaica, sendo demitido em 1933, como opositor do regime. Emigraria para a Turquia e, depois, para o EUA. Ao fim da Guerra, recusaria um convite para voltar a lecionar na Universidade de Göttingen, à qual só voltaria, anos depois, como professor emérito.

¹⁹⁴ **Grünhut** era professor titular da Universidade de Bonn, tinha, igualmente, origem judaica e seria demitido em 1933. Ele emigraria, em 1939, para a Inglaterra, fazendo carreira em Oxford. Embora a faculdade de Bonn tenha se esforçado, depois da Guerra, para trazê-lo de volta, ele nunca retornaria.

¹⁹⁵ **Mezger**, desde 1933, seria membro da Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund (uma associação de juristas do Terceiro Reich) e, a partir de 1937, membro do partido nazista.

¹⁹⁶ **Mezger** – como bem dizem **Anitua** e **Bergalli** – não teve indigestão, não só em colaborar com a reforma colocada em marcha pelo regime nazista, mas também em dar cobertura pretensamente científica a leis repressivas de caráter racista e a todo um sistema baseado na superioridade da raça ariana e na pureza de sangue (2003, p. 271).

os professores catedráticos.¹⁹⁷ **Karl Siegert** (nascido em 1901) seria colocado como professor titular em Göttingen, no lugar de **Richard Honig**: membro do partido nazista desde 1933, ele operaria, a partir de 1935, a “limpeza” étnica e política (Reinigung) daquela Universidade, e escreveria trabalhos que buscavam traduzir o impacto da ideologia nazista no direito penal e processo penal. **Heinrich Henkel** (nascido em 1903) se tornaria, em 1934, professor titular de processo penal em Marburgo e defenderia fortemente as concepções jurídicas nazistas, como se vê em seu tratado de 1943.

Hans-Jürgen Bruns (nascido em 1908), que posteriormente escreveria importante livro sobre o direito de aplicação de pena (Strafzumessungsrecht), era, desde 1934, colaborador do Ministério da Justiça. **Erik Wolf** (nascido em 1902) era, desde 1930, professor titular em Freiburg e seria indicado, em 1933, pelo reitor Heidegger, para o cargo de decano (no qual só permaneceria por um ano); em trabalhos publicados em 1934, saudaria a tomada do poder pelos nazistas e a renovação jurídica que eles pretendiam, tornando-se, desde 1937, membro do partido nazista.

Em Kiel, os nazistas montaram uma faculdade de direito que deveria servir de modelo para as demais, sendo ali congregados os mais fervorosos jovens defensores de uma “renovação” do direito alemão de acordo com ideologia nazista; essa faculdade de Kiel, por sua ligação estreita com o regime nazista, chegou posteriormente a ser chamada “faculdade da tropa de choque” (Stosstrupp fakultät), e dela faziam parte, todos com idades entre 28 e 30 anos, **Georg Dahm**, **Friedrich Schaffstein** (direito penal), **Karl Larenz** (direito civil e filosofia do direito), **Ernst Rudolf Huber** (direito constitucional), **Wolfgang Siebert** (direito civil e do trabalho), **Karl Michaelis** e **Franz Wieacker** (direito civil). **Dahm** e **Schaffstein** foram, juntamente com **Mezger**, os mais prolíficos professores nazistas de direito penal (VOGEL, 2004, p. 33).

A posição de **Hans Welzel** (nascido em 1904) quanto ao nazismo ainda é objeto de discussão. **Welzel** foi, desde 1933, membro da liga de juristas alemães nazistas (Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen) e, partir de 1937, membro do partido nazista. Seu conhecido artigo *Studien zum System des Strafrechts* (publicado em 1939 na ZStW) e a primeira edição de seu tratado (surgido em 1940) seguiam as tendências subjetivantes e

¹⁹⁷ A humilhação implícita no fato de dever o emprego à injusta eliminação do predecessor tem o mesmo efeito desmoralizante que a eliminação dos judeus teve nas profissões alemães: cada pessoa que tenha uma ocupação se torna cúmplice consciente dos crimes do governo e seu beneficiário, voluntário ou não, com o resultado de que, quanto mais sensível for o indivíduo, mais ardentemente defenderá o regime. É a melhor garantia de lealdade, pois torna aquela nova geração, para viver, dependente daquela linha política do líder que tenha originado o expurgo criador dos empregos. O indivíduo acaba devendo sua função à existência do regime (ARENDE, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 482).

eticizantes, mas não constituíam uma desabrida defesa da ideologia nazista. **Oliver Sticht**, apud VOGEL, 2004, pp. 31-2, analisando, em 2000, a filosofia do direito do professor de Bonn, diria que a distância de **Welzel** da ideologia nazista pode não ter sido tão decidida.

Importantes criminólogos também seriam demitidos e pressionados a emigrar. Por sua origem judaica, **Gustav Aschaffenburg**, autor de importantes trabalhos de psicologia criminal, que em 1933, já tinha 67 anos, foi obrigado, em março de 1934, a se retirar de suas posições de professor e diretor da clínica psiquiátrica da Universidade de Colônia. Na *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, revista que **Aschaffenburg** fundara trinta anos antes, ele ainda poderia ficar um ano e meio¹⁹⁸, emigrando posteriormente para a Suíça, e dali para os EUA, em 1939. **Karl Birnbaum**, também judeu, se tornara diretor do hospital psiquiátrico municipal de Berlin-Buch em 1930 e foi demitido em 1933, aos 55 anos, com base na lei de restauração do serviço civil, emigrando para os Estados Unidos em 1939, onde morreria em 1950 (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 186-7).

Inúmeros institutos, associações, e publicações ligadas ao direito penal foram simplesmente tomados pelos nazistas ou esvaziadas (por vezes, com a concomitante criação de órgãos congêneres politicamente comprometidos com a ideologia nazista). Os nazistas criariam, em junho de 1933, a *Akademie für deutsches Recht*, presidida por **Hans Frank**, que se tornaria órgão oficial do governo nazista e editaria uma revista (*Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*), veiculando a ideologia jurídica do partido. A revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, uma das mais antigas da Alemanha (fundada em 1853), foi simplesmente renomeada pelos nazistas, passando a chamar-se *Deutsches Strafrecht* e também tornar-se-ia praticamente um órgão oficial de difusão das idéias nazistas ligadas ao direito penal. A *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, de **Aschaffenburg**, passaria a ser editada, em 1936, por **Franz Exner**, **Johannes Lange** e **Rudolf Sieverts**, e teria seu nome alterado para *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform: Organ der Kriminalbiologischen Gesellschaft*, sinalizando a radicalização biologizante operada pelos criminólogos nazistas.¹⁹⁹

¹⁹⁸ No editorial final, **Aschaffenburg** ainda fazia a defesa da tese de que os criminólogos colocavam a defesa social em primeiro lugar e, surpreendentemente, dizia, numa típica terminologia nazista, que a finalidade da reforma penal era libertar a “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*) de “elementos nocivos” (*Schädlinge*). Essas referências de **Aschaffenburg** mostram um erro de julgamento: parece que ele ainda não havia notado a ligação que os nazistas faziam entre o approach biológico do crime e o anti-semitismo, que, pouco tempo depois, o levaria a sair do país (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, p. 187).

¹⁹⁹ Sobre este ponto, vide item 3.7.2, infra.

Durante o domínio nazista, o grupo alemão da Associação Internacional de Direito Penal, que antes tinha atuação destacada na reforma penal, jamais se reuniria. A última reunião, ocorrida em 12 e 13 de setembro de 1932 com a presença do presidente **Henri Donnedieu de Vabres**, e narrada por **Eberhard Schmidt**, seria marcada por uma conflagração entre o presidente do grupo, **Eduard Kohlrausch** (que defendia uma reforma na linha de F. v. Liszt e Kahl, com respeito ao estado de direito), e **Wenzeslaus Graf von Gleispach** (seguido por jovens penalistas, que, embalados pelos sucessos eleitorais nazistas, já queriam dirigir a reforma penal a partir da ideologia nazista, propondo que fossem “mantidos os fins político-criminais até então, mas sem prejuízo da influência de novas tendências espirituais e significativas modificações em relação a forças políticas”). A posição de **Gleispach** prevaleceria por 25 votos a 23 votos.²⁰⁰ **Radbruch** dizia que, embora **Gleispach** usasse a expressão “continuação da reforma penal”, ele a entendia como a ruptura da reforma penal, que devia ser calcada em fundamentos totalmente novos. Após a tomada do poder político por parte dos nazistas, jovens penalistas queriam que **Kohlrausch** se demitisse da presidência do grupo alemão da AIDP e queriam destruir o grupo nacional; conseguiram, pois o grupo nacional nunca mais se reuniu (SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1995, p. 427)

3.7.2. Criminologia nazista

De início, os nazistas eram hostis à criminologia, pois criam que o liberalismo e o humanitarismo dos reformadores penais e dos criminólogos (muitos dispostos a entender a personalidade do criminoso) teriam minado a noção de responsabilidade individual, comprometendo a defesa social e levando a uma suposta leniência da justiça criminal de Weimar (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, p. 179).²⁰¹ Rompida essa hostilidade inicial, os nazistas perceberiam que uma abordagem biológica da etiologia do comportamento criminoso (que tinha raízes no século

²⁰⁰ **Eberhard Schmidt** avalia que, essa dissensão não mostra uma solução de compromisso, nem uma tomada de posição, mas sim a indicação de entre contraditórios implacáveis (1995, p. 425).

²⁰¹ Um estudo de **Exner** (*Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*), publicado em 1931, sustentaria que esta tendência precederia a República de Weimar, remontando à década de 1880. Como bem anota **Vornbaum**, os próprios nazistas se aproveitaram dessa leniência (2009, p. 191), como mostra as baixas penas aplicadas a **Hitler** e aos demais participantes do golpe de 1923. Aliás, um estudo importante (*Politische Justiz, 1918-1933*, de **Heinrich Hannover** e **Elisabeth Hannover-Druck**) mostraria que os juízes da República de Weimar tendiam a punir, com bastante severidade, criminosos políticos de esquerda e, de outro lado, com notável leniência, criminosos políticos de direita (WETZELL, 2000, pp. 122, nota 47).

XIX) resultaria funcional para suas finalidades de eliminação de elementos nocivos à “comunidade do povo”, e, a partir daí, se empenhariam na expansão de institutos e de exames de Biologia Criminal, que redundaria em terríveis programas eugênicos de esterilização, de eutanásia e de eliminação em massa.

Na República de Weimar, o saber criminológico, jungido ao paradigma etiológico, era em pequena medida uma sociologia criminal, predominantemente uma psicologia criminal, em proporção crescente, uma biologia criminal, quase sempre combinados, diversa e pouco sistematicamente, estes saberes.

Nessa época, diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, os sociólogos e outros cientistas sociais alemães pouco se interessavam pela questão criminal (à exceção de **Ferdinand Tönnies**, cujo trabalho, todavia, não chega a constituir contribuição significativa); o estudo sociológico do crime era geralmente visto como sinônimo de estatística criminal e, portanto, relegado a estatísticos. **Moritz Liepmann** e **Franz Exner**, dois ex-alunos, em épocas diferentes, de **Franz v. Liszt**, escreveriam trabalhos sobre a guerra e a criminalidade, respectivamente, na Alemanha e na Áustria. Eles enriqueceram o material estatístico com explicações sociológicas, e confirmavam a visão predominante de que os aumentos em crimes patrimoniais eram causados pela deterioração das condições econômicas (assim enfatizando, entre as causas sociais, aquelas de cunho econômico), e contribuindo para refutar a idéia de que o aumento da criminalidade dever-se-ia a um suposto declínio moral e para fazer um contraponto às tendências de explicações biológicas do crime (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 107, 110 e 114).

A psicologia e a biologia criminal tiveram histórias ligadas e resultaram da conjunção de duas linhas de desenvolvimento: primeiramente, da formação, na década dos 1880, da chamada Escola Moderna sob a liderança de **Franz v. Liszt** e, em segundo lugar, da influência da doutrina de **Cesare Lombroso**.

Para a Escola Moderna, o objetivo da punição não está na prevenção geral, mas sim na prevenção especial. A periculosidade do agente passa a deter importante papel na definição da punição do agente. A resposta penal tinha, por isso, de ser individualizada na forma e preventiva na função e, por isso, eles passam a avaliar se é possível conhecer a periculosidade e a corrigibilidade do agente e qual a resposta penal mais eficaz. **Franz v. Liszt**, no Programa de Marburgo, publicado em 1882, já dividia os criminosos em intimidáveis (que deviam ser intimidados), corrigíveis (que deviam ser corrigidos) e incorrigíveis (que deviam ser

neutralizados).²⁰² É importante, todavia, frisar que os membros da escola moderna ainda achavam que as causas sociais do crime eram mais importantes do que as causas pessoais, biológicas ou psicológicas (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 401).

Na medida em que os sociólogos alemães não mostravam muito interesse na pesquisa criminológica, esta cabia aos médicos (e, entre estes, os médicos de prisões e psiquiatras) e, secundariamente, aos juristas e aos estatísticos. O interesse dos médicos se deve ao impacto de **Cesare Lombroso**, que dizia que os delinquentes eram caracterizados por certas características físicas, que os marcava como um tipo antropológico distinto, que **Lombroso** nominou “criminoso nato” e interpretou como um retrocesso atávico ao homem primitivo. Em edições posteriores, **Lombroso**, embora mantivesse a convicção de que o “criminoso nato” era um tipo antropológico, passou a dizer que tal tipo se limitava a um terço dos criminosos, e se devia a doença mental e não a atavismo (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 402).

Apesar da majoritária rejeição à categoria de “criminoso nato” de **Lombroso**, a categorização de seres humanos sobreviveria, ao longo das primeiras décadas do século XX, sob outras etiquetas, em termos morais (como um defeito moral, de **Gustav Aschaffenburg**), ou, mais freqüentemente, em termos psicológicos e psicanalíticos (como as categorias de personalidades psicopáticas de **Kurt Schneider** e de **Karl Birnbaum**) (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 408).

O espectro de combinações de explicações biológicas e psicológicas era muito vasto. Em um extremo, havia correntes com explicações fundadas em fatores exógenos: psicanalistas (como **Theodor Reik**, **Franz Alexander** e **Hugo Staub**) explicavam o comportamento criminoso como o resultado de experiências sexuais traumáticas na infância, de um desejo interno por punição e de desenvolvimento pessoal atrofiado, e **Alfred Adler**, defensor da Individual-psychologie, atribuía o comportamento criminoso a sentimentos de inferioridade e a falta de coragem, resultantes de experiências infantis. Em outro extremo do espectro da pesquisa biológico-criminal, **Ernst Kretschmer** sustentava que havia uma correlação entre tipo corporal e temperamento, criando uma somatologia.²⁰³

²⁰² Apud NAUCKE, 1982, p. 527

²⁰³ Havia três tipos: (i) o tipo pícnico redondo, que seria o tipo corporal de formas arredondadas, baixo e reforçado, e membros relativamente curtos, correspondente a uma predisposição a mostrar alternâncias de comportamento, ora de depressão, ora de excitação; (ii) o tipo astênico, alto e magro, que se caracterizaria por uma fraqueza corporal; e o (iii) tipo

O paradigma psiquiátrico era, todavia, de que o comportamento anormal (e também o criminoso) era atribuível a traços congênitos, com três correntes diferentes. A primeira corrente priorizaria a pesquisa sobre as conexões entre comportamento criminoso e anormalidades mentais (i.e., limítrofes desordens de personalidade) baseadas em uma nova tipologia de personalidades psicopáticas ou anormais, desenvolvida, em 1923, por **Kurt Schneider**, com base em **Emil Kraepelin**. Numa segunda corrente, **Johannes Lange**, em 1929, pesquisaria o papel de fatores genéticos no comportamento criminoso, conduzindo o primeiro estudo de gêmeos no comportamento criminoso. Por fim, **Karl Birbaum** e **Hans Gruhle** conduziriam pesquisas sobre psicologia criminal, que redirecionariam o foco da pesquisa de biologia do criminoso para a psicologia do criminoso, e do estudo de criminosos anormais para o estudo de todos os criminosos, sejam normais ou anormais (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 405).

A criminologia biológica e psicológica de Weimar tinha duas tendências opostas: de um lado, patologizava o criminoso e explicava o comportamento criminoso primariamente como o resultado de anormalidade biológica ou psicológica; de outro, o criminoso era visto como biologicamente normal e explicava o crime como o resultado de uma complexa interação entre fatores sociais e biológicos (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 406). A inclinação difundida de explicar o comportamento criminoso como o resultado de anormalidades hereditárias era contrabalanceado pelo reconhecimento também difundido de que o comportamento criminoso era tão diverso e complexo como todo comportamento humano e sempre sujeito a influências ambientais. Resumindo a situação na época, **Gustav Aschaffenburg** dizia, em 1932, que a biologia criminal estava longe de possuir métodos confiáveis de examinar e avaliar a personalidade do criminoso, e que era impossível separar corrigíveis de incorrigíveis com métodos psicológico-criminais (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 410).

Não há dúvida, todavia, de que, na República de Weimar, foi a linha de explicação biológica do crime que teve maior desenvolvimento. Esse desenvolvimento deveu-se à tendência à institucionalização, ou seja, à criação de institutos, ligados a estabelecimentos prisionais, que conduziram exames biológico-criminais; isto ocorreria na Baviera, onde **Theodor Viernstein** fundaria em 1924 o Serviço Biológico-Criminal, que recolhia dados

muscular atlético, vigoroso, forte. **Kretschmer** sugeria que seu sistema de somatótipos poderia ser usado no trabalho biológico-criminal (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 143-4).

biológico-criminais de prisioneiros (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, p. 126).

Assim, no momento em que os nazistas chegaram ao poder, as tendências a paradigmas etiológicos de fundo biológico estavam em franca ascensão. A resistência dos nazistas à criminologia (que, como dito, se devia à sua pretensa ligação com uma suposta leniência da justiça criminal de Weimar) seria vencida, em parte, pelo trabalho de um criminólogo judeu, **Gustav Aschaffenburg** (que certamente não tinha noção disso). **Aschaffenburg**, na primavera de 1933, escreveria um artigo, dissociando a criminologia e a justiça criminal de Weimar: ele dizia que esta era leniente, mas que isto nada tinha a ver com a criminologia psicanalítica. Afirmava ele que, diferentemente do que se dizia, os psiquiatras, muitas vezes, restringiam a liberdade de locomoção dos pacientes para proteger o público, tendo em vista o bem estar geral; além disso, ele diria que, se a detenção indefinida ainda não tinha virado lei, e se os juízes eram brandos, isto não se deve a uma falta de reformadores penais e de psiquiatras, e concluiria que os psiquiatras faziam a mesma exigência de medidas duras contra o crime, como os juristas nazistas. Adepto da biologia criminal, **Adolf Lenz** iria além, endossando, em uma conferência de criminólogos em junho de 1933, as críticas nazistas de leniência da justiça criminal de Weimar. Ele dizia que a criminologia, na medida em que demonstrasse que a conduta criminoso se devia a pré-disposições sociais e biológicas, seria útil para subsidiar punições mais severas (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 180-1).

Os nazistas, desde meados da década de 1920, exigiam medidas de eugenia. Em 1925, os deputados nazistas no parlamento prussiano queriam a esterilização dos criminosos hereditariamente estragados; e **Hitler**, em um discurso de 1929 num Congresso do partido nazista em Nuremberg, diria que era ultrajante que criminosos pudessem procriar, exigindo medidas eugenistas drásticas. Na medida em que as pesquisas de biologia criminal poderiam, se desconsideradas as complexidades e inconsistências que todos os estudos durante a República de Weimar apontavam, ser funcionalizadas para propiciar a execução da política eugenista dos nazistas, essa criminologia passaria a ser um saber altamente valorizado.

Theodor Viernstein, numa palestra na Deutscher Medizinalbeamtenverein em setembro de 1933, diria que os exames biológico-criminais que ele procedia na Baviera eram um modelo para conduzir uma pesquisa biológica nacional para classificar a população inteira de acordo com o seu valor genético, que constituiria o fundamento para se implementar uma abrangente política eugenista. Como consequência, até 1935, o regime nazista

expandiriam nacionalmente o sistema bávaro de exames biológico-criminais. **Viernstein** ampliaria suas pretensões, diria que a biologia criminal fornece um tratamento cientificamente fundamentado por um definível estrato da população que é, ao menos em parte, não só socialmente prejudicial, mas também geneticamente e racialmente nociva e deve, assim, ser sujeitada a esterilização sistemática (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 182-3).

Na conferência de 1936, “O judaísmo na ciência do direito”, palestras altamente anti-semitas, embora proferidas por figuras secundárias da criminologia, mostrariam que os nazistas rapidamente entenderam que a biologia criminal e o antissemitismo poderiam atuar, lado a lado, para favorecer suas aspirações eugenistas. **Johann von Leers** culmina sua palestra sobre “Judeus e crime”, com a conclusão de que os judeus seriam uma “contra-raça criminosa”, cuja concepção de Deus conteria características geneticamente criminosas (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, p. 188).

O maior e mais influente projeto de pesquisa em biologia criminal nos anos pré-guerra do regime nazista foi o trabalho de **Friedrich Stumpfl**, que buscava explicações genéticas para o comportamento criminoso. Continuando do ponto em que parara o trabalho sobre gêmeos de **Johannes Lange**, **Stumpfl** compararia, através de dados de exames biológicos e de entrevistas, grupos familiares de presos reincidentes e grupos familiares de presos primários, chegando ao resultado de uma maior incidência de condenações criminais entre parentes de reincidentes. Em seguida, **Stumpfl** buscava investigar quais seriam as explicações genéticas que distinguiriam os dois grupos, e concluiria, ligando-se claramente a **Kurt Schneider**, que traços psicopáticos, geneticamente definidos e, portanto, transmitidos à prole, seriam responsáveis pela reincidência. Mas, o próprio **Stumpfl** reconheceria que suas descobertas eram potencialmente propícias para explicações ligadas ao ambiente. O trabalho de **Stumpfl** mandava, assim, mensagens contraditórias (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 413).

Mezger, em manual de Criminologia publicado em 1934 e, com alterações moderadoras, em 1942 (*Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*), se mostrou crítico das explicações sociológicas do comportamento criminoso, e tendia claramente à biologia criminal, com conteúdo racial. “A investigação biológico-hereditária e constitucional-biológica do delinqüente – dizia **Mezger** – é para tal Estado [o totalitário] uma base de que não se pode prescindir, com o objetivo de reconhecer os condicionamentos da raça e do

sangue do delinqüente concreto e para tratá-lo de um modo adequado”; e chega a dizer que “a concepção biológico-hereditária e constitucional-biológica chegará a ser uma pedra angular do futuro direito punitivo da Alemanha” (1950, pp. 196-7), mas, como lembra **Wetzell**, **Mezger** dizia que permanecia em aberto a questão relativa à medida em que o comportamento criminoso de judeus se devia a fatores raciais. **Mezger**, na edição de 1934, indicava dois princípios diretivos para a política criminal do estado nazista: restaurar a responsabilidade do individuo frente à comunidade, e excluir elementos que fossem danosos à nação ou à raça (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 211-3).

A demonstrar a tendência biológico-criminal, o manual de Criminologia do nazista **Franz Exner**, embora buscasse abordar diversas correntes criminológicas, iria se chamar simplesmente *Kriminalbiologie*.²⁰⁴ **Exner** enfatizava a concorrência dos fatores causais hereditários e ambientais, e tendia a entender que fatores genéticos tinham um papel proeminente nas causas do crime. Comparando cristãos e judeus, **Exner** oferecia uma explicação racial para diferenças nas taxas de criminalidade, dizendo que, por sua natureza, judeus eram mais propensos a crimes patrimoniais (1957, p. 106).

Embora as pesquisas de campo de **Stumpfl** e os aportes teóricos de **Mezger** e de **Exner** não fossem conclusivos quanto aos fatores biológicos do comportamento criminoso (havendo uma certa continuidade na tendência à *Biologia Criminal*), no plano institucional governamental, médicos e pesquisadores envolvidos no programa de eutanásia acreditavam em explicações deterministas e racistas do crime (WETZELL, *Criminology in Weimar and Nazi Germany*, 2009, p. 415). Na visão de mundo nazista, o comportamento antissocial e também criminoso não era determinado nem por escolha pessoal nem por ambiente social, mas sim era inato e, assim, passível de ser herdado (BURLEIGH & WIPPERMANN, 2000, p. 167).

A mais importante instância de abordagem criminológica cruamente determinista, hereditária e racista foi realizada — diz **Wetzell** — por **Robert Ritter**, um psiquiatra que realizou pesquisa precisamente sobre os “associais”, que, para ele, eram os ciganos, outros vagabundos e aqueles que dependiam do welfare ou não tinham trabalho fixo (2000, pp. 219-221), baseando-se, assim, em crassos estereótipos (2000, p. 229). **Ritter**, que, em 1933, tinha

²⁰⁴ Este título estava em linha com a mudança na denominação da *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, da época de **Aschaffenburg**, para *Monatsschrift für Kriminalbiologie*, depois que os nazistas a assumiram, com **Exner** como editor.

apenas 31 anos, teria uma carreira meteórica, chefiando vários institutos oficiais de pesquisa biológico-criminal, o que **Wetzell** atribui — muito adequadamente — à “ênfase de Ritter na raça, no determinismo genético, e em sua presteza em oferecer soluções eugênicas simples” para os nazistas (2000, p. 229).

Ritter, de fato, afirmava diretamente que os “associais” formavam uma “sociedade de criminosos” (Gaunergesellschaft), o que era uma expressão de fatos genéticos, não sociológicos: i.e., essas pessoas eram “criminosos natos”, expressão que ele usava frequentemente; **Ritter** chegou a sugerir que, como os ciganos eram “associais primitivos” e “criminosos hereditários”, deviam ser indefinidamente mantidos em custódia preventiva (Sicherungsverwahrung) ou em campos de trabalhos, o que legitimava os campos de concentração (WETZELL, *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*, 2000, pp. 221-3). Isto mostra que **Ritter**, chefe de serviços de biologia criminal do Reich, era um claro seguidor de **Lombroso**.

Aliás, o próprio **Hitler**, em uma passagem de *Mein Kampf*, chegaria a fazer afirmações com tendências lombrosianas: “Quem nasce criminoso será e continuará criminoso; mas inúmeras pessoas, nas quais existe certa inclinação para o crime, ainda podem, por meio da educação adequada, vir a ser membros da comunidade do povo” (GELLATELY, 2011, p. 151). **Lombroso**, na verdade, nunca chega a ser citado pelos criminólogos nazistas, embora eles sigam suas lições, mais ou menos explicitamente — e até a mudança do nome da disciplina para “Biologia Criminal” mostra isto; muito astutamente, **Gellately** percebeu que isto se deve à ancestralidade judaica do criminólogo italiano (2011, p. 434). Se **Lombroso** não fosse judeu, certamente teria sido festejado abertamente como supremo mestre da criminologia pelos nazistas; como era judeu, usavam-no sem citá-lo.

Na criminologia no Terceiro Reich se realizariam, assim, os perigos de um positivismo criminológico, marcado por ciências naturais, que não refletia sobre seus pressupostos e conseqüências (MEIER, 2007, p. 24). Essas visões racistas e deterministas dos órgãos oficiais levariam a resultados desastrosos que redundariam em programas de esterilização, de eutanásia e, a partir de 1939, de eliminação em massa, pois, de fato, tais programas não seriam concebíveis sem décadas de retórica biológica-criminal hereditária.

3.7.3. Direito penal nazista

Na medida em que, como se viu até aqui, a ideologia nazista estabelecia a preponderância de certos valores (raça, comunidade de povo, honra, lealdade etc.), não reconhecia direitos individuais e exigia que o direito constituísse instrumento para a proteção da comunidade do povo e do próprio regime nazista, não é difícil supor que a teoria do direito penal alemão tenha sido consideravelmente afetada sob o nazismo.

Autores que se dedicaram a essa historiografia jurídico-penal procuraram estabelecer critérios de análise que pudessem ser aplicados antes, durante e depois do domínio nazista. **Joachim Vogel**, em obra recente em que analisa as influências do nazismo no direito penal (aqui ele engloba claramente a legislação penal e o saber jurídico-penal), estabelece cinco linhas para comparação e avaliação da continuidade histórica, a saber: **(i)** expansão; **(ii)** materialização, **(iii)** eticização, **(iv)** subjetivação, e **(v)** funcionalização social.²⁰⁵

Na linha da expansão, busca-se examinar em que medida cada vez mais âmbitos do estado, da sociedade e da economia foram objeto de legislação penal ou de interpretações judiciais que expandiam o espectro de atuação do poder punitivo. Na linha da materialização, avalia-se em que medida a racionalidade formal, ligada a programas legalmente condicionados, ao acento na segurança jurídica e na exclusão de arbítrio judicial, era substituída por uma racionalidade material, vinculada a programas legal e supralegalmente orientados, à justiça material e à maior discricionariedade judicial para atingir resultado justo. Na linha da eticização, examina-se em que medida o direito penal é influenciado por conceito eticizantes, que tendem à ruptura da separação entre direito e moral, fazendo como que o direito penal assumira um conteúdo moral. Na linha da subjetivação, perquire-se em que medida aspectos da personalidade (extração social, periculosidade, etc) e da atitude interna do agente (motivos, intenções etc), que, com a Ilustração, foram tendencialmente realocados no âmbito moral, seriam readmitidos em categorias da legalidade. E, por fim, na linha da funcionalização social, investiga-se em que medida o direito penal se afasta de um direito penal metafisicamente fundado na mera retribuição e é instrumentalizado para fins sociais (equilíbrio social, integração social, direcionamento e controle) (VOGEL, 2004, pp. 14-17).²⁰⁶

²⁰⁵ Treze anos antes, **Gerhard Pauli**, em interessante livro sobre a jurisprudência criminal do Reichsgericht antes, durante e depois do nazismo, estabelecia três critérios principais para analisar o impacto das decisões judiciais: **(i)** a materialização, **(ii)** a subjetivação, e a **(iii)** tendência a um direito social. Esses critérios se aproximavam dos critérios enunciados por **Vogel**, na medida em que, no âmbito da subjetivação, **Pauli** incluía a questão da eticização, e no âmbito da tendência a um direito social, ele analisava a funcionalização social (1992, p. 242). Embora o critério da expansão não fosse enunciado explicitamente por **Pauli**, ele analisava (aliás este é o objeto do livro) em que medida interpretações judiciais expandiam o espectro de atuação do poder punitivo.

²⁰⁶ Na medida em que, neste trabalho, adota-se a diferenciação, de **Zaffaroni**, entre legislação penal e direito penal, a tendência à expansão já foi objeto de análise no item 3.4.1, que analisa a legislação penal nazista.

A tendência à materialização já se observava seminalmente em **Binding**, que, em 1885, já dizia que o princípio da legalidade seria politicamente inconveniente (1885, p. 28), insinuando que a punição deveria seguir a justiça material no caso concreto. Ao tempo de Weimar, várias leis penais já vinham sendo editadas em termos indeterminados (flagrantemente, no direito penal político), a punibilidade da omissão foi estendida por jurisprudência (p.ex., declarando o dever de garantidor do pai não-casado de impedir que a mãe matasse o filho, RGSt 66, 71), e vários tipos vinham sendo estendidos por interpretação teleológica. **Vogel** chega a dizer que “a construção teleológica de conceitos e do sistema era o tema da teoria do direito penal de Weimar” e que “a ciência do direito penal tendia a legitimá-la teoricamente”(2004, p. 59); isto tudo era, evidentemente, favorecido pelo neokantismo que, naquela época, predominava. Várias categorias dogmáticas foram materializadas: **(i)** a ação naturalística entraria no tipo normativo; **(ii)** a causalidade empírica entraria na imputação objetiva; **(iii)** a antijuridicidade não era mais definida formalmente como violação à norma, mas sim materialmente como violação, contrária à lei, de bens, interesses ou valores; **(iv)** o conceito psicológico de culpa foi normativizado.

Os nazistas radicalizariam esta tendência de materialização; com bordões como “materialização em vez de formalismo” e “conteúdo antes da forma”, o direito penal nazista se tornaria ilimitado. O amplo papel que atribuía ao “são sentimento do povo alemão” (cf. item 3.4.3.1, infra), admissão explícita da analogia, da retroatividade da lei e de vários conceitos indeterminados em matéria penal (cf. item 3.4.3.2) eram exemplos claros de radicalização da tendência de materialização(VOGEL, 2004, pp. 62-3).

A eticização do direito penal também era uma tendência pré-existente à ascensão dos nazistas. **Max Ernst Mayer**, em 1903, ao estabelecer que as normas jurídicas tinham de ser lidas a partir de normas de cultura, abria o campo para a eticização. A conceituação, por **Reinhard Frank** (1907), da culpabilidade como “reprovabilidade” permitia que a pena fosse imposta a partir de componentes de moralidade.

Os nazistas levariam a eticização ao paroxismo: não reconheceriam qualquer diferença entre direito e moral; isto teria repercussão na fixação do dever de garantidor. Outras indicações da eticização do direito penal, ligadas à consideração de que o indivíduo só tem valor como membro da comunidade, seriam a inflação de bens jurídicos coletivos, a reinterpretção coletivizante de bens jurídicos individuais e, no limite, a lição de que o crime consistia em violação de dever (e não em violação de bens jurídicos). O direito em geral e o

direito penal foram submetidos à visão de mundo e à ética comunitária nazista (VOGEL, 2004, pp. 73-4).

A subjetivação constituía, na época pré-nazismo, uma tendência que já se orientava quanto ao fato, e também quanto ao autor do fato. Quanto ao fato, a imputação se tornava cada vez mais subjetivada, o Reichsgericht adotaria teorias subjetivas da tentativa e da participação, e se discutia vivamente se motivos e intenções e atitudes internas podiam excluir ou criar o crime. Quanto ao autor, a Escola Moderna subjetivou o autor: a periculosidade ou a antissocialidade deste passava a ser tomada em conta para fins de pena, e já não havia dúvidas sérias de que deviam ser introduzidas medidas de segurança.

A radicalização das tendências subjetivantes, sob o domínio da nazista, está ligada umbilicalmente, no que toca ao fato, ao chamado Willenstrafrecht (direito penal da vontade), que combinava elementos de um direito penal da culpa (culpa como culpa da vontade), de um direito penal da periclitacão (antecipação da linha jurídico-penal de defesa) e de um direito penal da atitude interna (o fato punível como expressão de uma atitude interna contrária à comunidade). Para a consumação, a expressão de vontade a ela dirigida era decisiva; fatos consumados e tentados tinham igual valor, e as linhas divisórias entre atos preparatórios e executórios se esmaeciam, tendendo a sumir. A autoria passaria a ser definida cada vez mais extensiva e subjetivamente, levando, como última consequência, ao autor unitário; na jurisprudência, às vezes partícipes eram considerados autores, e vice-versa; ademais, a participação tenderia a não-acessoriedade (cf. item 3.4.3.3, infra). A subjetivação quanto ao autor, durante o domínio nazista, estaria ligada à teoria do tipo de autor; de acordo com essa teoria, a pena devia se ligar ao caráter contrário à comunidade, ao declínio da atitude interna, à culpa por condução de vida: enfim, como **Bockelmann** exprimia: ao “ser-assim” (“So-Sein”) do autor (cf. item 3.4.3.6, infra). As medidas de segurança, fundadas na periculosidade (muitas vezes presumida) do autor, seriam finalmente introduzidas (cf. item 3.4.3.7, infra) (VOGEL, 2004, p. 81ss).

Por fim, a tendência à funcionalização social do direito penal na Alemanha está inseparavelmente ligada a **Franz v. Liszt**, que defendia a pena com finalidade de intimidação (para os intimidáveis), de correção (para os corrigíveis) ou de neutralização (para os incorrigíveis). Os nazistas operariam uma funcionalização total do direito penal para fins político-sociais. O direito penal é direito de luta (“Kampfrecht”), é instrumento da política, e visa à aniquilação do inimigo, determinado por raça, crença, visão política, pertença a um povo. O inimigo, diz **Freisler**, é definido como o perturbador da paz. O projeto de Código

Penal de 1936 consignava que o “verdadeiro perturbador da paz, o inimigo, devia ser combatido com a arma do direito penal” (WERLE, 1989, p. 301), aderindo, expressamente, a um direito penal do inimigo.²⁰⁷ O direito penal e os grupos paramilitares, militares, o serviço secreto e a polícia disputavam a eficiência na luta contra o inimigo (VOGEL, 2004, p. 92ss)

Em suma, o direito penal nazista²⁰⁸, em verdade, não representou uma total ruptura com o direito penal alemão anterior; ao contrário, os nazistas, com vistas ao seu projeto de direito penal autoritário, recolheram e radicalizaram tendências pré-existentes de expansão, materialização, eticização, subjetivação e de funcionalização social. A seguir, veremos alguns pontos específicos que indicam a que desastrosos resultados tais radicalizações levariam o saber jurídico-penal.

3.7.3.1. Abandono do princípio da legalidade: nullum crimen sine poena

O princípio da legalidade era visto como um estorvo oriundo do pensamento individualista e liberal, como um indevido obstáculo à justiça material. Em verdade, o pouco respeito ao princípio da legalidade já aparecia em **Binding** (morto em 1920), que, embora não ousasse descartá-lo, entendia que o princípio era politicamente inconveniente. Em muitas leis penais, tipos já vinham sendo redigidos em termos amplos durante a República de Weimar, vulnerando a taxatividade de lei penal. **Baratta** dizia que, há alguns anos, a tendência de admissão de analogia em matéria penal já era forte (1966, p. 32). Os projetos de Código Penal anteriores a 1933, jamais se afastaram, todavia, do princípio da legalidade.

Na linha de tendências de materialização e de eticização do direito penal, os nazistas radicalizariam a violação à taxatividade da lei penal (usando profusamente expressões abertas e conceitos genéricos em tipos penais), solapariam a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, tornariam facultativas a retroatividade e a ultra-atividade da lei penal mais benigna, e permitiriam amplamente a analogia em matéria penal. Na medida em que o campo

²⁰⁷ **Geraldine Morguet** considera que o sistema penal nazista é um exemplo claro, em que editou-se um direito penal especial contra os judeus (Feindstrafrecht - Eine kritische Analyse, 2009, pp. 206-7). Não é por acaso que Carl Schmitt, certamente o mais proeminente porta-voz da ciência jurídica nazista (WESEL, 2006, p. 500), é o teórico do direito mais invocado por **Günther Jakobs**, ao formular sua tirânica proposta de direito penal do inimigo. A diferenciação entre amigo e inimigo, que seria a distinção política fundamental é formulada por **Carl Schmitt**: “A específica diferenciação política, às quais podem ser reconduzidas as ações e as motivações políticas, é a diferenciação de amigo e inimigo” (2002 [1932], p. 26).

²⁰⁸ **Henri Donnedieu de Vabres**, presidente da AIDP, já considerava, em 1938, que as características do direito penal nazista eram as seguintes: um direito penal voluntarista, que quer alcançar a vontade criminosa, em vez de limitar sua atenção aos atos exteriores; um direito penal de raça aplicado aos interesses vitais do povo alemão; e um direito que adota, por diretiva, a sã consciência do povo alemão (2009 [1938], p. 92).

do ilícito, na visão dos nazistas, não se circunscrevia àquilo legalmente regulado, se estendendo à ordem moral, haviam de ser derrubadas essas barreiras (BRINKMANN, 1935, p. 1587), consideradas fruto de pensamentos liberais e individualistas. Se o conceito de delito tinha de ser materializado (i.e., desprendido de amarras formalistas), o primeiro alvo tinha de ser o princípio da legalidade.

A admissão de retroatividade da lei penal mais gravosa já havia sido permitida no caso do Reichstagbrand (através da Lex van der Lubbe, de 29.03.33, após o parecer dos juristas [cf. item 3.1, supra, e anexo A]), para impor pena de morte a **Marinus van der Lubbe**. E se repete, em várias leis, sempre para impor pena de morte, em virtude de casos pontuais que tiveram repercussão na imprensa; por exemplo: (i) a lei de 22.06.1936, é editada para inserir o § 239a, impondo pena de morte para extorsão mediante seqüestro de criança, com efeitos retroativos a 01.06.1936²⁰⁹; e (ii) a lei de 22.06.1938, é editada para impor, com efeitos retroativos a 01.01.1936, a pena capital para casos em que o agente, intencionalmente, causa um acidente de trânsito com a finalidade de praticar um roubo.²¹⁰ A eclosão da guerra levaria a que vários decretos passassem a permitir retroatividade em matéria penal (p.ex., § 5, do decreto contra criminosos violentos, de 05.12.1939).

O princípio da legalidade no Código Penal alemão seria mortalmente ferido pela lei de 28.06.1935²¹¹, que o alteraria para admitir analogia em matéria penal (§ 2) e para tornar meramente facultativas a retroatividade e a ultra-atividade da lei penal mais branda (§ 2a, 2). A analogia seria admitida largamente a partir dessa lei, que deu a seguinte redação ao § 2 do CP alemão:

“§ 2. É apenado quem realiza um fato que a lei declara punível ou que, em concordância com a idéia básica de uma lei penal e com o são sentimento do povo, mereça pena. Não havendo uma determinada lei penal que encontre aplicação imediata, então o fato é apenado de acordo com a lei com cuja idéia básica melhor se relacione”.

²⁰⁹ Em 16.06.36, em Bonn, um agente reincidente havia seqüestrado uma criança de 12 anos, exigindo, como preço do resgate, o pagamento de 1.800 marcos pelo pai da criança. De acordo com a lei então vigente, a pena seria de prisão, o que foi reputado insuficiente. **Hitler**, usando da Ermächtigungsgesetz, baixaria esta lei para “cortar o mal pela raiz”. Já no dia 30.06.1936, o tribunal de Bonn condenaria o acusado, que seria imediatamente executado (WERLE, 1989, p. 195).

²¹⁰ Esta lei foi editada especialmente para condenar à morte os irmãos **Max** e **Walter Götze**, acusados de roubos e de tentativas de homicídio, cujo processo criminal havia começado em 13.06.1938 perante o Sondergericht II no Tribunal de Berlim. **Walter Götze** não tinha como fugir à pena de morte, pois era acusado de tentativa de homicídio em vários casos, mas a participação de **Max** era sempre secundária, pois todas as declarações eram no sentido de que apenas **Walter** atuava armado. Assim, os nazistas temiam que **Max** recebesse “apenas” uma longa pena de prisão. Após **Heinrich Henkel**, procurador do caso, dizer a **Roland Freisler** (que era secretário de Estado do Ministério da Justiça) que a imposição de pena de morte a **Max** não parecia garantida, este se apressaria em ir ter com **Hitler**, que, em sua residência de verão em Berchtesgarden, editaria a nova lei (NIEDZWICKI, 2008, p. 372). A nova lei era tão concisa quanto vaga: “quem pratique, com intenção de roubo, um acidente de automóvel, é punido com a morte”; essa lei mostra, ainda, a tendência de antecipação criminalizante e de adoção de um Willensstrafrecht.

²¹¹ **Mezger** dizia que a lei 28.06.1935 era extraordinariamente importante (1936, p. 20).

Ao defender a analogia em matéria penal, **Zimmerl** sofismava: permiti-la não violaria a garantia liberal de proteção do indivíduo frente ao estado, pois, no Estado nazista, não haveria tal contradição entre estado e indivíduo (este só ganhava sentido em função de sua relação com a comunidade do povo, que se expressava politicamente no estado); ademais, a garantia liberal de que o juiz atenderia à vontade do legislador estaria mantida no Estado nazista, pois o juiz estava submetido à vontade do legislador nazista, **Hitler**(1936, pp. 172-3).

Essa admissão da analogia em matéria penal era vista como meio necessário de libertação do juiz das amarras do texto legal, com o intuito de obter a justiça material no caso concreto. **Zimmerl**, buscando minimizar as críticas, se esforçava em dizer que o novo § 2 StGB não representaria nenhuma “revolução”, porque havia duas exigências que deveriam estar concomitantemente presentes: **(i)** a “concordância com a ideia básica de uma lei penal”, e **(ii)** o “são sentimento do povo”; ou seja, a referência, pelo juiz, a apenas um destes requisitos seria insuficiente para criar crime por analogia. Isto mostraria que, mesmo na ideologia nazista, não se buscava uma desvinculação do juiz à lei (1936, p. 175), e que o “são sentimento do povo” só seria a função reguladora de evitar a punição de alguém por uma lei já envelhecida e que não correspondesse ao espírito dos tempos atuais (1936, p. 176).

Essas teorizações não resistem à análise mais simples: é evidente que a mera referência à “concordância com a ideia básica de uma lei penal” não representava limitação alguma: primeiro, porque tal concordância é elemento inerente ao próprio conceito de analogia (o pensamento e a aplicação analógicos só são possíveis a partir de um modelo existente), e segundo, porque era tarefa simples encontrar um tipo penal que, de algum modo, se prestasse a deter uma “idéia básica” que pudesse ser transposta. O “são sentimento do povo”, longe de ter as funções restritivas que **Zimmerl** insinuava, era, ao contrário, o instrumento retórico para amplificação de criminalizações primárias: exemplo claro é a jurisprudência do Reichsgericht, no contexto da legislação racial (que proibia relações sexuais entre judeus e arianos), que permitiria interpretar-se, como crime consumado qualquer ação, ainda que preparatória ou tentada de relação sexual, desde que visasse à satisfação sexual (p.ex., masturbação recíproca) (WERLE, 1989, pp. 185-6; VOGEL, 2004, pp. 63-4).²¹²

²¹² **Rüping** e **Jerouschek** dizem, todavia, que a admissão da analogia não revolucionou a práxis. Posteriormente, já durante a guerra, a lei de 04.11.1941, para os territórios poloneses ocupados PolenstrafrechtspflegeVO, no art. II, cria, com relação ao “estranho à comunidade”, um tipo central subsidiário, que se aplica a poloneses e a judeus: eles são puníveis por fatos que “de acordo com a idéia básica de uma lei penal alemã, e com as necessidades estatais existentes nas regiões anexadas do Leste, mereçam pena” (2007, p. 120)

Por sua vez, o novo § 2a, 2, do StGB, tornava facultativa, no caso de sucessão de leis penais (entre o fato e a decisão), a aplicação da lei mais branda, e também tornava facultativa a isenção de pena quando a norma incriminadora fosse ab-rogada (ou seja, acabava-se com a obrigatoriedade da extinção da punibilidade da *abolitio criminis*) (BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, 1966, p. 32). Posteriormente, já durante a guerra, a lei de 04.11.1941, para os territórios poloneses ocupados criaria, ao lado da idéia básica de uma lei penal alemã, um outro critério de analogia (que ali substituiria o *são sentimento do povo*): “as necessidades estatais existentes nas regiões anexadas”.

Gürtner dizia crer que as críticas (principalmente estrangeiras) a essa lei eram infundadas, pois ignorariam que o povo alemão tem, por sua visão de mundo, um saudável sentimento sobre o lícito e o ilícito, e, portanto, este sentimento deveria, no mais profundo sentido, ser a fonte de toda a criação jurídica (1936, p. 18).

Os nazistas ainda editariam inúmeros tipos penais em termos terrivelmente vagos, jogando por terra as garantias de taxatividade e de certeza, que defluem do princípio da legalidade. Era comum que os crimes fossem qualificados apenas com a seguinte descrição: “em casos especialmente graves” (*in besonders schweren Fällen*), sem que se esclarecesse quais casos eram estes (assim, § 143a, RStGB, inserido pela lei de 28.06.35; § 139, inserido pela lei de 02.07.36; § 2, I, 01.09.39) ou com um esclarecimento igualmente vago.²¹³ Já durante a guerra, nos territórios ocupados, “poloneses e judeus são punidos com a morte se eles praticam um fato violento, por conta de sua nacionalidade, contra um alemão” (lei 04.12.41). Por vezes, permitia-se, inclusive, delegação de competência legislativa penal, como ocorreu já no decreto de 04.02.33, pelo qual o ministro do interior (aqui, **Frick**) podia criar novos crimes relativos a reuniões a céu aberto e a desfiles (cf. § 5).

À tradicional regra *nulla poena sine lege*, os nazistas opunham nova regra: a *nullum crimen sine poena* (*Kein Verbrechen ohne Strafe*). Nenhuma conduta merecedora de pena podia ficar impune pelo mero “detalhe” de que a lei não a previa expressamente; isto violaria a verdadeira justiça, cuja realização seria a nova elevada tarefa do direito penal (GÜRTNER & FREISLER, *Das neue Strafrecht*, 1936, p. 21). As lacunas têm de ser fechadas, para que nenhuma conduta merecedora de pena fique impune (BRINKMANN, 1935, p. 1587). **Rüping**

²¹³ Assim, o § 263, 3, inserido pela lei de 26.05.33, definia que um caso especialmente grave de estelionato estava presente quando o fato lesa o bem-estar do povo ou teve, como consequência, danos especialmente graves para outrem, ou quando o agente agiu de modo especialmente astucioso.

e **Jerouschek** dizem que usava-se esta máxima para poder lutar contra tudo que fosse considerado danoso à comunidade (2007, p. 119)

3.7.3.2. Conteúdo material do crime: violação de dever para com a comunidade

Em sua cruzada contra os princípios liberais do direito penal, os penalistas nazistas também se voltariam contra a teoria de que o direito penal serve à proteção de bens jurídicos (Rechtsgüterschutztheorie). Entendiam eles que tal teoria não permitia proteção efetiva da comunidade do povo. Também neste ponto, a ausência de unidade na teoria jurídica nazista, denunciada por **Rüthers**(2010, pp. 362-3), se faria sentir: ora os penalistas nazistas falariam em uma reinterpretação dos bens jurídicos em função dos interesses da comunidade do povo (rectius: dos próprios interesses autoritários do Partido), ora eles falariam que o conteúdo essencial do crime não poderia ser a periclitación ou odano a bens jurídicos, mas sim a violação de dever para com a comunidade do povo.

O significado originariamente liberal da teoria do bem jurídico começaria a se esmaecer a partir do momento — frisava **Baratta** — em que se faz, no contexto do neokantismo, a distinção entre objeto da ação (Handlungsobjekt) e objeto de proteção (Schutzobjekt) (1966, pp. 67-8). Uma obra do neokantiano **Richard Honig**, publicada em 1919, é um momento central do percurso, em sentido teleológico, da doutrina do bem jurídico: ali, o objeto da ação é um conceito de consideração naturalística do ser, e o objeto de proteção é um conceito de consideração sintética de valor (MEZGER, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1931, p. 188). Naquele momento, o conceito de bem jurídico passa por uma espiritualização: perde realidade empírico-naturalística. O bem jurídico deixa de ser uma categoria de defesa de valores liberais e se torna, ao contrário, uma categoria que precisa ser defendida, que precisa estar, isto é, preservada da arbitrariedade dos conteúdos contingentes que, uma vez reduzida esta categoria a uma mera forma, poderiam ser facilmente introduzidos (BARATTA, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, 1966, p. 68).

Com o seu teleologismo, a escola neokantiana prossegue um já iniciado esvaziamento do conceito de bem jurídico, fazendo dele um puro método, um mero princípio para construção jurídica; abria-se, assim, um abismo entre o mundo dos valores e o mundo da realidade, ligados fugazmente pelo método da “relação a valores”. Isto levaria a uma concepção meramente metodológica de bem jurídico, que o consideraria mero meio de interpretação dos tipos penais. **Peter Sina**, apud **Baratta**, 1966, p. 69, diria que

“o conceito de bem jurídico começou, no positivismo, a liberar-se de sua razão histórica e a absorver, como entidade meramente lógica dentro de um sistema formal fundado no arbítrio do Estado, tarefas técnico-sistemáticas para o escopo de uma mais ou menos desafiante divisão da parte especial. Essa tendência devia pavimentar a estrada a uma fatal evolução”.

O bem jurídico fica reduzido a uma “abreviatura da idéia de finalidade”, para interpretação de tipos penais (BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, 1966, p. 69). A espiritualização e o esvaziamento do conteúdo empírico do conceito de bem jurídico seriam recolhidos e radicalizados pelos penalistas nazistas. Seguindo a linha de redefinir os bens jurídicos importantes a partir da ideologia nazista, alguns autores não repudiavam a idéia de bem jurídico, mas chegavam a falar em “bens jurídicos nazistas”. No “Manual nazista para direito e legislação” (*National-sozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*), editado por **Hans Frank**, sustenta-se que “objetos de proteção das leis penais são os bens jurídicos”, mas que os bens jurídicos deviam ser plasmados à luz da ideologia nazista.²¹⁴

Não há dúvida, todavia, de que a conduta mais característica dos penalistas nazistas foi colocar em primeiro plano, como conteúdo material do crime, a violação de um dever. A teoria dos bens jurídicos — dizia **Schaffstein** — se ligava duplamente à “esfera individual”: primeiro, a reconhecia (e, na comunidade do povo, tal esfera não existe), e, segundo, visava precipuamente a explicar delitos contra tal esfera (constituindo, quanto aos demais delitos, uma “camisa de força”). Partindo da concepção de “comunidade do povo”, à qual todos estariam ligados por “honra”, “lealdade” e por “obrigações”, **Schaffstein** exigia um deslocamento do centro de gravidade do direito penal: o que importa não é a violação de bens jurídicos, mas sim a violação de deveres para com a comunidade (1935, pp. 9-10).

Dahm preferia dizer que o conteúdo do crime estaria em uma traição (“Verrat”)²¹⁵; esta posição, como bem anotava **Schaffstein**, se coaduna com a de que o crime é violação de dever, pois a traição, em sua essência, é a violação de uma obrigação de lealdade. O próprio

²¹⁴ “As novas idéias do direito: liderança, vinculação do povo, proteção do povo alemão, nossa cultura nacional, nossas grandes tradições históricas, a adequada existência de todos os companheiros do povo, o dever de trabalho de todos os capazes de trabalhar, a posição do individuo como membro da comunidade, a eticização do direito, a supressão do egoísmo, a submissão da posse individual ao bem estar do povo, o cuidado com a defesa, a educação do povo, o exercício da juventude, o cuidado com o crescimento saudável, a proteção da família, do bem do povo, do trabalho nacional, a preservação da pureza da raça, a elevação da condição de agricultor, a força de trabalho etc. resultam, em parte, na reconstrução ou na construção continuada de bens jurídicos existentes, e, em parte, na construção de novos bens jurídicos, aos quais que até hoje faltam fundamento legal ou que permaneciam não reconhecidos” (OETKER, *Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform*, 1935, p. 1326).

²¹⁵ **Dahm** afirmava que “resultado e danos não são o ponto decisivo” e que a natureza do ilícito não está na violação de interesses e bens jurídicos, mas, sim, na rebelião contra a comunidade e sua lei interna. (DAHM G., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1935, p. 12).

Mezger, que, em seu Lehrbuch de 1931, ainda dizia que o direito penal protege bens jurídicos (1931, p. 197), passaria a dizer, em seu Leitfaden em 1936, que “certamente o crime é violação pessoal de dever” (1936, p. 40). E **Gallas** ensinava que a essência do crime é sua contrariedade à comunidade (Gemeinschaftswidrigkeit)(1936, p. 67); nessa lição de **Gallas**, **Werle** vê o ponto central que congregava todas as teorias que pretendiam exprimir o conceito material de crime na época nazista.

A radicalização da espiritualização do conceito de bem jurídico, que não mais precisava estar ligado a um empírico objeto da ação, e, de outro lado, a consideração de que o crime consistia em violação de dever retiravam quaisquer amarras que pudessem impedir a habilitação de poder punitivo autoritário e permitiam exigir, do cidadão, uma incondicionada fidelidade à lei. Assim, reprime-se como crime quaisquer sintomas de rebelião (a vontade, no entanto manifestada, de desobedecer a lei ou a expressão de uma personalidade antisocial) e conseqüentemente se atribui à pena a tarefa de obter a qualquer preço a fidelidade à lei (MARTÍN, 2006, p. 5).

3.7.3.3. Direito penal da vontade e de perigo (Willens- und Gefährdungsstrafrecht)

O direito penal da vontade, que se tornaria característica marcante do direito penal alemão nazista²¹⁶, apareceu já nos albores do regime de **Hitler**, no Denkschrift de **Kerrl**, como instrumento julgado mais apto à defesa da comunidade do povo:

“A proteção dos bens jurídicos da comunidade do povo é melhor garantida a partir do momento em que ao princípio da periclitación seja conferido um papel central, a partir do momento em que o antigo direito penal do dano (o qual confere exagerado significado ao resultado, mais ou menos, ocasional) seja substituído por um direito penal da periclitación (direito penal da vontade).” (1933, p. 112).

Na medida em que o direito penal nazista era entendido como um instrumento de luta contra os infiéis à comunidade do povo e que a violação de um dever era o conteúdo material do crime, era lógico que o centro de gravidade para o exercício de poder punitivo tinha de passar a ser a “vontade contrária ao direito”, e não mais o “resultado proibido”. A vontade manifestada, independentemente do resultado atingido, já era uma inadmissível demonstração de infidelidade e de violação de dever. Por isso — diz **Dahm** — também o fato não perigoso

²¹⁶ **Jimenez de Asúa**, em pioneiro estudo, publicado em 1945 e republicado em 1947, indica o voluntarismo como primeira característica do direito penal nazista: “El derecho penal hitleriano es un Derecho voluntarista (Willensstrafrecht), que quiere alcanzar a la voluntad criminosa dondequiera que se encuentre” (1947, p. 141).

e a tentativa inidônea podem ser a expressão da denegação, de uma atitude interna inimiga do povo e ter, como consequência, a pena (1935, p. 12). Um dito de **Freisler** se tornaria o dístico do Willensstrafrecht: a vontade criminosa deve ser combatida “o mais cedo possível e com todo o poder” (“Möglichst früh und mit aller Macht”) (1935, p. 22).

Isto permitiria a expansão de poder punitivo a níveis que uma dogmática atrelada a resultados de dano ou de perigo a bens jurídicos não admitia. A elevação da vontade criminosa a categoria central das preocupações político-criminais teria três consequências principais sob o nazismo (WERLE, 1989, p. 427ss)²¹⁷:

(i) na medida em que supostamente já se poderia lobrigar vontade criminosa em alguns atos preparatórios, os nazistas advogariam a “antecipação da linha jurídico-penal de defesa” (Vorverlagerung der strafrechtlichen Verteidigungslinie), o que levaria a novas incriminações de condutas que ainda não representavam perigo concreto, mas que já constituíam “demonstração” de uma “vontade criminosa”. Isto levaria a profusa criminalização de perigo abstrato (Gefährdungsstrafrecht);

(ii) sob o argumento de que, seja no crime tentado seja no consumado, a “vontade criminosa” seria de intensidade muito semelhante (quicá igual), advogava-se que a tentativa tivesse a mesma pena do crime consumado (ou, ao menos, que a diminuição de pena fosse facultativa); ademais, a punição da tentativa inidônea era bastante favorecida; e

(iii) no campo da autoria e da participação, a “vontade criminosa” teria, como consequências, o favorecimento de uma diferenciação entre autor e partícipe fundada tão somente (ou precipuamente) em aspectos da vontade (motivos, intenções, atitudes internas etc) e, ademais, uma tendência a flexibilizar (ou até abolir) a acessoriedade da participação.

Algumas dessas consequências teóricas do direito penal da vontade já eram defendidas — talvez não com tamanha extensão — por autores anteriores ao nazismo e também se encontravam em julgados antigos do Reichsgericht. Por exemplo, desde o século XIX, o Reichsgericht e muitos autores adotavam variantes de teorias subjetivas da tentativa, fundamentando sua punibilidade na manifestação externa de vontade do agente em oposição ao direito. Como essa relação entre sujeito e norma comporta várias nuances e permite,

²¹⁷ **Kirchheimer** dizia, todavia, que haveria um labirinto de contradições e de dificuldades teóricas no direito penal da vontade (1996, p. 172)

conforme o acento seja colocado em um ou outro aspecto dessa relação de oposição subjetiva à norma, o surgimento de variantes na teoria subjetiva.²¹⁸

Uma primeira variante de teoria subjetiva da tentativa seria concebida por **Tittman**, desenvolvida por **Maximilian von Buri**, e adotada, a partir de 1880, pelo Reichsgericht (do qual **v. Buri** fazia parte): aqui, colocava-se o acento em um aspecto predominantemente naturalístico (mas, é claro, também considerava aspectos normativos): o fato de que o sujeito externou uma manifestação volitiva no sentido da produção de um resultado criminoso.²¹⁹ Uma **segunda variante** da teoria subjetiva colocava o acento no aspecto de uma alegada periculosidade subjetiva do sujeito, que estaria demonstrada pela sua vontade contrária à norma. Esta vertente está claramente associada às perspectivas de prevenção especial e tende a uma teoria de direito penal de autor. Esta variante, que chega a ser chamada de teoria do autor (Tätertheorie) remonta a **Franz von Liszt** (ZStW 25 [1905], 24, 27, 36), para o qual a razão de apenação da tentativa é a uma vez provada e, com toda a probabilidade, contínua vontade má, que pode produzir ainda milhares de novas ações perigosas (ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, p. 344). Também **Richard Lange** sustentava a existência de uma tentativa punível quando o fato indicava o agente como violador perigoso do bem jurídico (KOHLRAUSCH & LANGE, 1950, p. 85).²²⁰

²¹⁸ TAVARES, 2009, p. 6. A teoria subjetiva da tentativa, em qualquer de suas variantes, conduz, em geral, às seguintes conseqüências: (i) extensão do âmbito da tentativa punível, em detrimento da conduta de preparação; (ii) reconhecimento da punibilidade também da tentativa absolutamente inidônea; e (iii) em princípio, apenação equivalente da tentativa e da consumação, pois a “vontade inimiga do direito” (rechtsfeindliche Wille) é equivalente em ambos os casos (JESCHECK & WEIGEND, 1996, p. 513)

²¹⁹ Coerente com essa posição, o Reichsgericht: (i) admitiria a punibilidade da tentativa absolutamente inidônea: por exemplo, o Reichsgericht decidiu que constituem aborto tentado o uso de um meio abortivo inidôneo (RG 1, 439 [441]) e a ação abortiva dirigida a uma mulher não-grávida (RG 8, 198 [203]); e (ii) estenderia a tentativa a atos claramente preparatórios: o Reichsgericht, p.ex., assentou que constituía estelionato tentado a produção de um certificado falso, que somente depois seria usado para fins fraudulentos (RG 51, 341 [343]; 59, 1). Essa adoção da teoria subjetiva pelo Reichsgericht foi muito criticada, até porque o CP de 1871 (§ 43) adotava, quase literalmente, a regra do CP prussiano de 1851 (§ 31), que vedava a punição de atos preparatórios e também da tentativa absolutamente inidônea. O professor **Juarez Tavares**, ao refutar esta vertente da teoria subjetiva, ressalta que “esta teoria é de todo insustentável porque a lei não se pode ocupar apenas da vontade das pessoas, sem ter em conta a conduta concretamente realizada e sua potencialidade lesiva; ademais, a substituição da fórmula do perigo pelo momento subjetivo conduz a um decisionismo mais incerto do que a própria noção de perigo, que, bem ou mal, tem respaldo em muitos critérios objetivos formulados pela ciência” (2009, p. 7).

²²⁰ Neste trecho, **Lange** criticava a teoria objetiva: “o erro dessa teoria é o de que ela só referiu a idéia de periculosidade ao fato, e não ao autor, não podendo, por isso, abranger ações que indiscutivelmente são merecedoras de pena. Fato e autor constituem uma indivisível unidade de sentido. A idéia de periculosidade deve, portanto, ser ligada ao núcleo correto da teoria subjetiva: a concepção da vontade criminosa como fator conformador do fato ou como fator cuja relevância supera o fato isolado”. A Escola Positiva italiana radicalizava, de certa forma, esta segunda variante. Como anota **Enrique Cury Urzúa**, para os positivistas italianos, tanto o ato preparatório quanto o ato executivo constituem tentativa se revelam a **vontade persistente** de cometer um delito, colocando, assim, manifesta a **temibilidade** do autor. Temibilidade e persistência, portanto, são os critérios distintivos para a punibilidade do mero propósito exteriorizado. “A intenção deixa de ser duvidosa quando o agente é um delinqüente habitual e o ato necessário para a consumação do gênero de delito em que se especializou” (GAROFALO, *La criminologia*, p. 328-9, *apud* CURY URZÚA, 1977, p. 57). **Ferri** ensinava que “para a Escola Positiva, como todos os delinqüentes, em qualquer forma ou grau enfermos ou são de mente, estão sujeitos a sanção repressiva, também todos os atos em qualquer grau ou forma de realização externa do

Na doutrina, **Karl Klee**, no início do século XX teria sido, segundo **Benedikt Hartl** (que escreveu obra específica sobre o direito penal da vontade nazista), o pioneiro de um Willensstrafrecht. Em um trabalho de 1906, denominado “O dolo indireto como forma básica da culpabilidade” (Der dolus indirectus als Grundform der Schuld), **Klee** frisava a perda de significação político-criminal do advento do resultado, sugeria punir o esforço para o resultado violador do direito, e dizia que a pena se voltava, na verdade, contra a conduta perigosa do autor, e não contra o resultado do fato (HARTL, 2000, p. 61). Em outro trabalho de 1916, **Klee** criticaria os projetos de reforma de 1909, 1911 e 1913, pedindo que a teoria da culpabilidade, a construção de tipos e da aplicação de pena fossem repensadas; especialmente ele acentuava a necessidade de substituir a natureza fortemente acessória da participação por uma acessoriedade limitada e exigia a punição da tentativa acabada como crime consumado. **Klee** ainda rejeitava os delitos qualificados pelo resultado, pois, para ele, apenas o grau de perigo, consciente ou culposamente realizado pelo agente deveria ser crucial para a pena; conseqüentemente, ele chegava a uma identidade entre dolo de dano e dolo de perigo (HARTL, 2000, p. 63).

Mas não há dúvida, todavia, que somente sob o regime nazista é que o Willensstrafrecht é adotado como importante diretriz político-criminal e eventualmente levado às últimas conseqüências. As teorias subjetivas da tentativa foram muito bem recepcionadas pelos juristas nazistas.²²¹ **Zaffaroni** anota que a tese subjetivista é uma concepção típica do regime totalitário (e não por acaso a Alemanha nazista buscou organizar o seu direito penal nessa direção) e aproxima-se de um direito penal de inimigos, só centrado no desvalor de uma vontade que se revele hostil e contrária à ordem que quer estabelecer (2000, pp. 779-80). Antecipações de punibilidade e equivalências punitivas entre tentativa e consumação são visíveis já nas primeiras leis de combate à Hochverrat e à Landesverrat: quanto à lei de 24.04.1934, **Werle** diria:

“característico do espírito da lei é a extensão decidida da punibilidade da preparação nos delitos de Hochverrat e de Landverrat, e a larga equivalência entre tentativa e consumação através da ligação ao conceito de Unternehmen. A lei é, com isso, prenúncio do nazista direito penal da vontade (Willensstrafrecht)” (1989, p. 109).

pensamento delituoso são puníveis, porque são a execução de um propósito criminoso e não são atos indiferentes ou legítimos. [...] Também com os actos preparatórios a realização do propósito criminoso e portanto a execução de um crime já é principiada e portanto quem os realiza deve sofrer-lhe a sanção” (1931, p. 510). O professor **Juarez Tavares** diagnostica, com razão, que, com tal vertente, “se pune a tentativa para inocuizar o autor” (2009, p. 7).

²²¹ZACZYK, Comentários ao § 22, in KINDHÄUSER, NEUMANN, & PAEFFGEN, Nomos Kommentar, 2010, p. 904. Idem, ESER, in SCHÖNKE & SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 2010, p. 405.

O antigo § 44, 1, do StGB²²², estabelecia que o crime tentado tinha, obrigatoriamente, de ser punido com pena mais branda do que o crime consumado. E mais: o § 43, 1 e 2, estabeleciam que, embora toda tentativa de Verbrechen fosse punível, a tentativa de Vergehen (forma mais branda de fato punível) só seria punível excepcionalmente, se houvesse previsão específica. A partir de 1933, os nazistas pretenderam unir, sob o conceito de Unternehmen (empreender, empreendimento), os conceitos de tentativa (Versuch) e de consumação (Vollendung), para que ambos fossem punidos igualmente. Muitos delitos eram construídos precisamente com o verbo unternehmen, igualando, desde a lei, tentativa e consumação: p.ex., “empreender a reorganização de partido” (lei 14.07.33), ou “empreender matar um juiz, um procurador, um funcionário da polícia política, civil, de vias, florestal, de alfândega, de proteção ou de segurança, um membro do exército, da S.A., da S.S., um funcionário do NSDAP, etc” (lei de 13.10.33). O mais importante, para a fixação da pena, passaria a ser a intensidade da vontade criminosa, e não a ocorrência, ou não, do resultado: a diminuição para a tentativa se tornaria facultativa.

Em todos os projetos nazistas de StGB²²³ apareciam essa equiparação e a facultatividade da atenuação de pena. Seria, todavia, pelo decreto contra criminosos violentos (Verordnung gegen Gewaltverbrecher, de 05.12.39) que se estabeleceria que, para a tentativa punível era, em regra, admissível, a pena prevista para o crime consumado; essa disposição, segundo opinião unânime, tinha validade para todo o direito penal (WERLE, 1989, p. 300). Em 29.5.1943 seria alterado o § 44, 1, StGB, para incluir formalmente no StGB esta regra da facultatividade da diminuição de pena da tentativa.²²⁴

O tema da distinção entre preparação e tentativa também seria influenciado pelo direito penal da vontade. O § 43, 1, do StGB só trazia a indicação de que a tentativa era determinada pela decisão do autor ao cometimento de um fato punível, por ações que expressem um início de realização desse crime; não havia, no StGB, outras indicações para diferenciar preparação e tentativa. Diz **Hartl** que, até o nazismo, a doutrina predominante se inclinava por métodos objetivos de diferenciação, que se dividiam em ponderações formais e materiais, mas já se podia ver, no Reichsgericht, tendências de extensão da tentativa a alguns

²²² “O crime (Verbrechen) tentado ou o delito (Vergehen) tentado deve ser mais brandamente punido do que o consumado” (tradução livre e grifo do autor). Observação: na Alemanha, havia (e ainda há)

²²³ O projeto de StGB de 1936 permitia a imposição de penas idênticas para o crime consumado e para o crime tentado, sob o conceito de empreitada (Unternehmen): “empreende um fato punível quem o inicia” (§ 8); considerava-se que “começo do fato é toda conduta que se dirija, ainda que apenas de acordo com a representação do agente quanto aos fatos, imediatamente à realização do tipo” (§ 7, 2). A diminuição era facultativa.

²²⁴ “O crime (Verbrechen) tentado ou a contravenção (Vergehen) tentada pode ser punido mais brandamente do que o consumado” (tradução livre e grifo do autor)

atos preparatórios limítrofes (2000, pp. 206-7). O Denkschrift já defendia que, para uma Unternehmen punível, bastava que o agente visasse (abzielt) uma imediata periclitacão de um bem jurídico; como diz **Hartl**, essa definição poderia abranger qualquer ato preparatório (2000, p. 208). Aliás, os Leitsätze para um direito penal alemão, editados pelos nazistas, tinham, como objetivo declarado, tornar supérflua toda a discussão sobre atos preparatórios, Unternehmen, começo de execução e tentativa; é importante dizer, todavia, se a maioria dos próprios defensores do direito penal da vontade recusavam um método de diferenciação orientado apenas subjetivamente (HARTL, 2000, p. 209).

O Willensstrafrecht também teria influência direta no tormentoso problema da autoria e participação. Nos anos anteriores ao nazismo, o conceito restritivo de autor (i.e., daquele que pessoalmente realizava a conduta típica punível) passava a ser questionado por defensores de um conceito extensivo de autor (i.e., daquele que, antijurídica e culpavelmente contribuía com uma condição para a realização do resultado). E o Reichsgericht já diferenciava autoria e participação por fundamentos subjetivos, e declarava punível a autoria mediata (que não tinha previsão legal explícita) (HARTL, 2000, p. 165). Com Willensstrafrecht, o tipo e a maneira com que a vontade criminosa se exprimia externamente perdiam o significado diferenciador; assim, tendia à construção de um conceito extensivo de autor. **Freisler** chegava a dizer que, no direito penal vindouro, as formas de participação (em sentido geral; i.e. autoria, co-autoria, autoria mediata, instigação, cumplicidade etc) simplesmente desapareceriam. Esta linha de pensamento também levaria, é claro, a uma equivalência de penas entre autores e partícipes e à abolição da acessoriedade da participação.

Em 1939, essas idéias do Willensstrafrecht seriam, em parte, introduzidas no direito penal alemão, pelo decreto contra criminosos violentos (de 05.12.39), que permitiria a imposição de pena igual para o cúmplice e para o autor; essa disposição tinha, segundo opinião unânime, aplicação para o direito penal em geral (WERLE, 1989, p. 300). Em 1943, por lei de 29 de maio, seria eliminada a acessoriedade da participação: tal lei alterava o § 49a, StGB, impondo que o instigador ou cúmplice fosse punido ainda que o autor não iniciasse a execução do delito; a pena apenas podia ser diminuída.²²⁵

²²⁵ O projeto de CP de 1936, que não chegou a entrar em vigor, já trazia, no que toca ao concurso de pessoas, disposições duras. Apenas o cúmplice podia ter pena atenuada (§ 4). A instigação e a cumplicidade, ainda que sem êxito (§ 9), e até a mera oferta ou acordo para cometer um fato criminoso (§§ 11 e 12) podiam ser apenados, desde que se relacionassem a fato punido com pena de morte ou com pena de reclusão; ou seja, nesses casos, afastava-se a acessoriedade da participação.

A criminalização de meros atos preparatórios que ainda não representavam perigo concreto para bens jurídicos também seria uma consequência importante do direito penal da vontade e da periclitación. Isto seria muito usado nas incriminações de alta traição e de traição à pátria, em que a antecipação da linha da punibilidade seria muito estendida; p.ex., o decreto de 24.04.34, criminaliza qualquer ato preparatório de alta traição (§ 83, 2), e a lei de 13.10.33 criminaliza os atos de quem instigar alguém, se oferecer, aceitar oferta, ou se encontrar com alguém, com o fim de matar um juiz, um procurador, um funcionário da polícia política, civil, de vias, florestal, de alfândega, de proteção ou de segurança, um membro do exército, da S.A., da S.S., um funcionário do NSDAP, etc. (§ 1,1). Mesmo para o crime de furto, a antecipação de punibilidade ocorreria: a lei 24.11.33 criminalizaria o mero ato de entregar a outrem instrumento para a prática de furto, sabendo ou devendo saber pelas circunstâncias, que o instrumento está determinado à prática de ações puníveis (§ 245a, 2).

3.7.3.4. Direito penal de autor (Täterstrafrecht)

O direito penal de autor (ou do agente) é uma teoria jurídico-penal que se caracteriza por defender que circunstâncias da vida e da personalidade dos agentes devem ser: **(i)** a base sobre a qual se constroem e se expressam os tipos penais; e **(ii)** os fatores determinantes para a cominação, a aplicação e a execução da pena criminal. A ela se opõe o direito penal de ato (ou de fato), que, por sua vez, pretende que os tipos penais sejam construídos sobre, e expressos por ações exteriores singulares, e que as penas sejam cominadas e aplicadas em função tão somente da gravidade destas ações exteriores singulares (ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, p. 178). Na medida em que o sistema penal nazista tinha como fim declarado a aniquilação de seres humanos supostamente nocivos para a comunidade do povo, não é de surpreender que os nazistas tenham adotado manifestações claras de um direito penal de autor, como, de fato, adotaram.

A teoria do direito penal de autor se inspira nos trabalhos da Escola Positiva italiana (**Lombroso, Garofalo, Ferri, Florian, Grispigni**) e na Escola Moderna alemã (**Franz v. Liszt** e seus seguidores), que, em reação à chamada Escola Clássica, buscavam descobrir o autor do crime, e diziam, a partir de preocupações de prevenção especial, que era o autor específico, com sua história de vida, que devia ser considerado no momento de redação de tipos penais e na imposição de pena.

Já no Programa de Marburgo (1882) e em trabalhos posteriores (como seu parecer no 26. Deutschen Juristentag, em 1902), **Franz von Liszt** dizia que “o fato é do autor” (Die Tat ist des Täters), e que “não o fato, mas sim o autor é que deve ser punido” (Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen). Mas – como ressalta **Roxin** – **v. Liszt** nunca chegou a dizer que, no lugar do fato, a tipicidade deveria se ligar a formas de existência do agente; ao contrário, também ele queria punir o agente apenas pelo fato cometido (2006, p. 179). Todavia, **v. Liszt** pretendia, sim, que, de lege ferenda, os tipos penais fizessem diferenciações amplas de acordo com a personalidade do agente, sem se desligar do fato específico praticado pelo agente. Em termos de pena, **v. Liszt** expandia considerações quanto à personalidade do autor: ele exigia a introdução de penas indeterminadas, cuja duração de execução devia depender da consecução dos fins da pena (ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, p. 180). Pode-se dizer, assim, que **v. Liszt**, em termos de tipicidade, tendia a um direito penal de ato (com pitadas secundárias de direito penal de autor) e, em termos de pena, tendia a um direito penal de autor.

No início do século XX, **Ottkar Tesar** (1907) e **Horst Kollmann** (1908) fundariam, sob diferentes abordagens metodológicas, a concepção sintomática do delito. O ato criminoso seria um sintoma da personalidade do agente, e a punição deveria ser fixada tendo em conta aquilo que o fato nos mostra da personalidade interna do agente (e não apenas por seus efeitos no mundo exterior). Pode-se dizer, todavia, que **Tesar** e **Kollmann**, por tenderem a um direito penal de autor apenas no que toca à pena, estão no âmbito da tradição de **v. Liszt**. Contra a posição de **Liszt** se colocariam, decididamente, **Binding** e **Birkmeyer**²²⁶ (WOLF, 1932, p. 12), que criticavam a Escola Moderna e buscavam um retorno à Escola Clássica, levando à chamada luta entre escolas (Schulstreit), que caracterizaria as primeiras décadas do século XX. Quatro notáveis discípulos de **v. Liszt** (**Radbruch**, **Eberhard Schmidt**, **Kohlrausch** e **M. Grünhut**) fundariam a chamada concepção caraterológica da culpabilidade, que traria aspectos de direito penal de autor para a culpabilidade: o fato seria expressão do caráter, da personalidade do agente, e a culpa se fundaria na responsabilidade do agente por seu caráter, e então a periculosidade derivada da personalidade aparece imediatamente como momento da culpa (ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, p. 181).

²²⁶ **Birkmeyer** diria que “nós não queremos punir o criminoso, como Liszt, pelo que ele é; nós também não queremos puni-lo pelo que ele fez; mas sim nós queremos puni-lo pelo que ele fez e quis” (1909, p. 17). Os projetos de Código Penal alemão imediatamente anteriores à ascensão nazista (1925, 1927 e 1930) mostravam soluções de compromisso entre a Escola Clássica e a Escola Moderna.

A partir da década de 1930, novas abordagens levariam o direito penal de autor a conseqüências, até então, não defendidas. **Erik Wolf**, a partir de 1932, defenderia que o “autor” seria, de acordo com sua essência, um “membro pessoal da comunidade jurídica com atitude jurídica degenerada”(1932, p. 16), e que deveria haver a complementação da legal tipicidade do fato por uma judicial tipicidade do agente (1932, p. 24). **Wolf** criava uma tipologia de autor: perigosidade geral (Gemeingefährlichkeit), oposicionismo geral (Gemeinwidrigkeit), hostilidade geral (Gemeinfeindlichkeit), negligência geral (Gemeinlässigkeit) e danosidade geral (Gemeinschädlichkeit), que, na verdade, era muito pouco clara (ROXIN, Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 2006, p. 181).

Mesmo antes da ascensão do nazismo, algumas disposições do RStGB já trazia manifestações de direito penal de autor, por exemplo, nas incriminações de rufianismo (§ 181a, que incriminava o fato de alguém se sustentar às custas de uma prostituta), de receptação (§ 260, que qualificava o crime, se cometido comercial ou habitualmente) e de vadiagem (§ 361, 3 a 6).

No sistema penal nazista, seriam expandidas as manifestações de direito penal de autor, dentro de uma perspectiva de subjetivação relacionada ao autor. Como conseqüência clara das teorias de direito penal de autor no campo da pena, a lei de criminosos habituais, de 24.11.1933, inseriria as medidas de segurança (que constituem clara emanção do direito penal de autor²²⁷), e introduziria, no StGB, o § 20a²²⁸, que, em caso de uma terceira condenação criminal, estabelecia que deveria ser imposta pena de reclusão — Zuchthaus (é claro que se não fosse cominada pena mais grave ao fato!), desde que da valoração geral dos fatos (ou seja, dos três crimes), resulte que o agente é um criminoso habitual perigoso. Comentando este § 20a, **Roxin** diz que “aqui a pena era determinada não pelo fato em si, mas

²²⁷ Sobre as medidas de segurança na lei penal nazista, v. item 3.7.3.7, infra.

²²⁸ “§ 20a. 1. Se alguém que já foi irrecorrivelmente condenado por duas vezes recebe, por um novo fato doloso, uma pena de prisão, e se resultar, da valoração geral dos fatos, que ele é um criminoso habitual perigoso, deve-se impor, se não for cominada pena mais grave ao novo fato, pena de reclusão de até cinco anos, e quando o fato, mesmo sem este agravamento de pena, já fosse um crime (Verbrechen, não simples Vergehen), deve-se impor reclusão de até 15 anos. O agravamento de pena pressupõe que ambas as condenações anteriores devam a um crime (Verbrechen) ou a uma contravenção dolosa (vorsätzliches Vergehen) e que, em ambos, tenha sido imposta pena de morte, reclusão ou detenção mínima de 6 meses. 2. Se alguém cometeu, no mínimo, três fatos puníveis dolosos e se resultar da valoração geral dos fatos, que ele é um criminoso habitual perigoso, então o tribunal pode, em cada fato individualizado a ser julgado, também agravar a pena, mesmo que o pressupostos citados no item 1 não estejam preenchidos. 3. Uma condenação anterior não é considerada, quando entre seu trânsito em julgado e o fato seguinte, passaram-se mais de 5 anos. Um fato anterior, que ainda não foi julgado com trânsito em julgado, não é considerado, quando entre ele e o fato seguinte se passaram mais de 5 anos. Neste prazo não é computado o tempo em que o autor cumpria pena de prisão ou estava internado em um estabelecimento por ordem oficial. 4. Uma condenação no exterior equivale a uma condenação na Alemanha, quando o fato punido seja, de acordo com as leis alemãs, um crime (Verbrechen) ou uma contravenção dolosa (Vergehen).” (tradução e interpolação minhas).

sim pelo pertencimento ao tipo criminológico de autor denominado ‘criminoso habitual’” (2006, p. 182).²²⁹ Todavia, **Dahm** defendia sua aplicação mesmo naqueles casos em que não houvesse necessidade preventivo-especial; na sua visão, era “castigo” pela culpa do autor (1940, p. 15).

A teoria de direito penal de autor também teria, todavia, sob os nazistas, amplas consequências no que toca à tipicidade. A lei de 24.11.33, p.ex., criminalizava o ato de posse de um instrumento para cometimento de furto, depois de ter sido condenado irrecorrivelmente por furto agravado, reincidente em furto, roubo, receptação habitual ou em atividade comercial, ou reincidente, desde que não resulte das circunstâncias que o instrumento não está determinado à aplicação em ações puníveis (§ 245a); fica claro que circunstâncias exteriores ao fato, relacionadas com a vida pregressa do autor, são elementares à tipicidade.

Nos decretos “contra nocivos ao povo” (gegen Volksschädlinge, de 05.09.1939), e contra “criminosos violentos” (gegen Gewaltverbrecher, de 05.12.1939), os conceitos de “nocivo ao povo” e de “criminoso violento” estariam, diz **Roxin**, profundamente influenciados por aspectos de direito penal de autor. **Dahm** entendia que o que era decisivo para a aplicação dos tipos penais previstos naqueles dispositivos era que fossem cometidos por pessoas que, de acordo com sua essência (‘seinem Wesen nach’), pudessem ser classificados como “nocivos ao povo” (“Volksschädlinge”) ou “criminosos violentos” (“Gewaltverbrecher”)(2006, p. 183). Já no contexto da guerra nos territórios poloneses ocupados, um exemplo claro de direito penal de autor: cria-se um tipo penal subsidiário (RÜPING & JEROUSCHEK, 2007, p. 120), que estabelece que “judeus e poloneses” respondem por quaisquer fatos que sejam puníveis, de acordo com a idéia básica de uma lei penal alemã, e as “necessidades do Estado” (lei 04.12.1941, 1.II).

Zaffaroni, comentando a combinação que **Dahm** fazia entre um tipo criminológico de autor (que, embora pudesse se diferenciar de um tipo normativo de autor, mas influenciava este) e o tipo penal, diz que: “se tentava saber se por trás de cada ação havia um autor a cuja personalidade correspondia a ação ou se, ao contrário, este era um acidente estranho à sua estrutura caracterológica” (2000, p. 423). É isto que definia se alguém seria punido, ou não. O autoritarismo desta concepção de **Dahm** é evidente, pois, primeiramente, a pessoa, em última análise, não era punida pelo que ela havia feito, mas pelo que era; em segundo lugar, as

²²⁹ Para as conceituações de culpabilidade que os juristas nazistas passaram a adotar, precisamente para justificar, como pena, esses agravamentos de pena do § 20a, vide item 3.4.3.7, infra.

categorizações dos tipos criminológicos eram realizadas mediante terríveis preconceitos raciais e políticos.

Pela via da “interpretação” da personalidade do agente, se definia se haveria criminalização secundária: **Zaffaroni** ressalta tratar-se, aqui, de uma “ideologia policial”: “é a máxima consagração do estado de polícia: ao amigo tudo, ao inimigo nada”; e decretava: “é claro que o objetivo último era detectar os autores sem que fosse necessário esperar a ação” (2000, p. 423). A racionalização de tipos de autor é — diz **Zaffaroni**— o sinal mais grosseiro de que o direito penal claudica, ou seja, de que está a admitir a inversão de sua função, colocando-se a serviço do estado de polícia (2000, p. 423).

3.7.3.5. Antijuridicidade material e crimes omissivos

Coube a **Franz v. Liszt**, na edição de 1905 de seu Lehrbuch, a primeira distinção entre antijuridicidade formal e material formalmente, antijurídica seria a ação que viola a norma do Estado, ou seja, a proibição ou o comando estabelecido pela norma jurídica; materialmente antijurídica seria a ação que representa uma conduta socialmente danosa. **v. Liszt** asseverava, cuidadosamente, que a antijuridicidade formal limitava a antijuridicidade material, não havendo antijuridicidade fora da lei formal (1905, p. 139). Esta distinção constituiu, de um lado, um avanço, dada a possibilidade de graduação da antijuridicidade, mas, de outro lado, dava azo – como anota **Zaffaroni** – à apropriação por políticas criminais irracionais (2000, p. 569).

Os juristas nazistas partiriam da concepção de **v. Liszt** que distinguia a antijuridicidade material e antijuridicidade material, mas a perverteriam inteiramente. Primeiramente, eles rejeitariam a idéia de que a antijuridicidade material consistiria em uma danosidade social (Sozialschädlichkeit), passando a falar em uma danosidade ao povo (Volksschädlichkeit) (SIEGERT, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, p. 34): aqui se inseria, por evidente, o elemento autoritário insito à definição de comunidade do povo (Volksgemeinschaft), ligada pelo sangue, pela raça e pelo espaço vital. Em segundo lugar, e também autoritariamente, os juristas nazistas dariam primazia à antijuridicidade material, dizendo que há ilicitude fora da lei. A coerência com a defesa da desimportância do princípio da legalidade é patente. Aqui, está clara a radicalização das tendências de materialização e de funcionalização social.

O critério para aferir a danosidade ao povo era, é claro, o são sentimento do povo; ou seja, o são sentimento do povo quanto ao justo e ao injusto era o parâmetro da antijuridicidade (MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, 1936, p. 8). É evidente que o são sentimento do povo se fixa a partir de um padrão ético, próprio do Partido nazista; isto denota que a antijuridicidade, sob os nazistas, se desligava da legalidade e se fundava em aspectos morais, radicalizando tendências eticizantes. **Heinrich Henkel** admitia que a conceituação nazista da antijuridicidade material poderia levar à equivalência entre antijuridicidade material e imoralidade (1936, p. 37).

O são sentimento do povo alemão também deveria ter, na teoria da antijuridicidade, o papel que a doutrina liberal dava à ponderação de interesses (SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, 1936, p. 99). Assim, as causas de exclusão da antijuridicidade também tinham seus limites definidos com expressa referência ao são sentimento do povo. Já o *Denkschrift*, de **Kerri**, em 1933, assim definia a injustiça da defesa: “Antijurídica é a defesa que, de acordo com o são sentimento do povo alemão, represente um abuso do direito de legítima defesa” (1933, p. 137).

O Projeto de CP de 1936, p. ex., invocava precisamente o “são sentimento do povo” para limitar as causas de exclusão da antijuridicidade: a legítima defesa era assim definida: “legítima defesa é a defesa que, de acordo com o são sentimento do povo, seja necessária, e que seja exercida para repelir, de si ou de outrem, uma agressão injusta e atual” (§ 23); já a definição de estado de necessidade era a seguinte:

“Atua em estado de necessidade quem comete um fato ameaçado com pena para repelir, de si ou de outrem, um perigo de um dano considerável, de outro modo inevitável, quando, de acordo com o são sentimento do povo, ele ou a outra pessoa em perigo tenha um direito de evitar o dano, ou a ele não se possa, por sua conduta, reprovar” (§ 24).

Em casos de excesso, o juiz podia isentar ou atenuar a pena, e não podia impor prisão perpétua nem pena de morte.

Siegert frisava que, para o juízo de valor acerca da danosidade ao povo, era importante estar atento às manifestações do Führer (1934, p. 35). É assim evidente que, a partir do momento em que a danosidade ao povo era o critério para a antijuridicidade, seria antijurídico e deixaria de ser antijurídico tudo aquilo que o Führer quisesse, para, politicamente, perseguir os inimigos e exonerar os apaniguados.

A teoria da antijuridicidade material teria influência decisiva também em matéria de crimes omissivos. Durante da República de Weimar, o âmbito de incidência dos crimes

omissivos, notadamente os impróprios, já vinha sendo alargado pela jurisprudência, seguindo tendências de materialização que já desafiavam o princípio da legalidade e, ainda que sem dizê-lo, reconheciam, na prática, antijuridicidade fora da lei formal. **Vogel** indica que o Reichsgericht, antes de 1933, já vinha tendendo a reconhecer dever de garantidor, por exemplo, nas seguintes hipóteses: **(i)** do marido (e segurado), de impedir o incêndio doloso provocado pela esposa no bem imóvel segurado (RGSt 64, 273); e **(ii)** do pai, de evitar que a mãe mate o filho fruto de relações adúlteras entre eles (RGSt 66, 71) (2004, p. 58). Aqui, havia, claramente, uma prevalência da antijuridicidade material sobre a antijuridicidade formal, apesar de a doutrina proclamar o contrário.

Nagler, em 1938, diria que, com tais decisões, o Reichsgericht dos anos de Weimar adotava soluções sócio-éticas, por trás de uma mera fachada de dever extraído da lei (1938, pp. 39-40). Os juristas nazistas, sustentando que, com isso, fundamentariam melhor (certamente, com mais sinceridade!) a punibilidade dos crimes omissivos impróprios (que não precisaria mais se camuflar, cf. NAGLER, 1938, p. 42), partiam de duas questões essenciais para o pensamento jurídico nazista: **(i)** a equivalência entre direito e moral, que levaria a uma equiparação de deveres jurídicos e deveres éticos; e **(ii)** a prevalência da justiça material popular sobre a legalidade estrita. Isto levaria à adoção do sã sentimento do povo alemão (*gesundes Volksempfinden*) como critério regulador dessa equiparação entre ação e omissão. Estas considerações aprofundariam a materialização e levariam a uma marcada eticização dos crimes omissivos impróprios, cujo âmbito de incidência seria, naturalmente, bastante estendido.

Schaffstein asseverava que o dever que fundamenta a punibilidade por omissão poderia ser

“um dever que resulta da ordem moral do povo, mesmo que este dever não encontre guarida no direito positivo. A anterior contraposição entre dever jurídico e dever moral, que só é possível no âmbito de uma concepção jurídica positivista, perdeu seu sentido no estado nacional-socialista. Hoje ela deve ser abandonada em toda a parte, e também na teoria jurídico-penal da omissão” (1936, p. 96).

O dever moral ou ético não se referia a uma ética cristã de amor ao próximo, mas, sim, se fundamentava nas ordens concretas (*konkrete Ordnungen*) da vida. Assim, por exemplo, **(i)** uma madrasta ou uma tia, que morasse junto em uma mesma casa, também poderia responder por homicídio por omissão, se deixasse morrer de fome a enteada ou a sobrinha, pois isto resultava da “ordem da saudável família alemã, e da consciência viva de um

exemplarmente são companheiro do povo” (se, ao contrário, a madrasta ou a tia não tivesse relações ou tivesse inimidade longa com a enteada ou a sobrinha, não se fundamentava a punibilidade da omissão); **(ii)** igualmente, se e em que medida o capitão de um navio está obrigado a realizar operações de salvamento de um homem que, durante uma tempestade, caísse ao mar resulta não de normas abstratas nem de critérios exteriores à vida concreta, mas sim da lei interna de uma tal comunidade do navio. **Schaffstein** afirma que estes exemplos mostram que até estes critérios de “fidelidade e crença” e “são sentimento do povo” necessitam de um recurso à ordem concreta da comunidade da qual, no caso específico, advenha o dever de agir (1936, p. 97). Com isso, diz **Schaffstein**, o novo direito penal nazista exige, muito mais do que o liberalismo, a atuação ativa do companheiro do povo, para proteção da comunidade e para evitar perigos contra outros companheiros do povo (1936, p. 38).

O Reichsgericht atenderia aos novos tempos e, p.ex., declararia, em 1935, um dever jurídico de cuidado, complementar àquele já existente no Código Civil, relativamente àqueles que simplesmente residem em uma mesma casa (RG 69, 324). Também coerentes com essas lições, os projetos de Código Penal alemão formulados pelos nazistas sempre tornariam o são sentimento do povo o critério principal para fundar dever de garantidor.²³⁰

No que toca aos crimes omissivos próprios, o alargamento da punibilidade se realiza com base, ainda, nas circunstâncias de que o conteúdo material do crime está na violação de um dever para com a comunidade (e não mais na violação de bem jurídicos), e na predominância de um Willensstrafrecht (sobre um Erfolgsstrafrecht), cf. itens 3.7.3.2 e 3.7.3.3, supra. De fato, o afastamento da categoria do bem jurídico, mesmo que já espiritualizado, solta inteiramente as amarras para a criação de delitos omissivos, com base em meras desobediências a deveres. **Cadoppi** (apud D'AVILA, 2005, p. 241) chega a dizer que é muito provável que seja na Alemanha nazista que os crimes omissivos tenham atingido o seu apogeu, na lei, na doutrina e na jurisprudência.

O crime de omissão de socorro passaria, a partir da lei nazista de 28.06.35, a ter a seguinte redação, que claramente alarga o âmbito de criminalização:

“§ 330c. No caso de acidente, de perigo comum ou de emergência, quem, apesar de ser, de acordo com o são sentimento do povo, seu dever, não provê auxílio, especialmente quem não cumprir o pedido policial de auxílio, mesmo que possa cumpri-lo sem considerável perigo

²³⁰ O § 13, do projeto de 1936, estabelecia que “quem, com violação de dever, omite-se de agir, é apenado como seria um agente ativo, quando ele, de acordo com o são sentimento do povo, seja responsável como autor ou partícipe”.

peçoal e sem violação de outros deveres importantes, será punido com reclusão de até dois anos ou com pena de multa”.²³¹

A mera comparação com o tipo anterior mostra que o sãõ sentimento do povo alemão passou a ser o critério principal para aferir o dever de auxílio geral (e não mais a solicitação policial); ademais a referência a outros deveres importantes (que não existia no tipo anterior), mostra a importância do dever no ordenamento jurídico nazista.

Vários delitos omissivos próprios seriam criados, para punir o cidadão comum que, tomando conhecimento de que alguém tencionava praticar um delito, deixasse de informar as autoridades. Lei de 02.07.1936, alterava a redação do § 139 do CP alemão, para impor punição, que podia chegar à pena de morte, se a omissão de notificação se referisse a crime de alta traição, de traição à pátria, dano a material militar, crime contra a vida, moeda falsa, roubo, sequestro ou crime de perigo comum. No projeto de CP de 1936, previa-se, ainda, a punição a título de culpa (§ 351, 3). Impunha-se, assim, o denunciamento a toda a população. Esse agigantamento dos crimes omissivos é consequência direta da consideração do crime como violação de dever, de que se tratou no item 3.7.3.2, supra.

3.7.3.6. Culpabilidade e periculosidade

Na culpabilidade também se faziam sentir, de modo explícito, as radicais tendências nazistas de eticização, de subjetivação e de funcionalização social dos conceitos jurídico-penais. Na medida em que, no discurso jurídico-penal, a culpabilidade era (e é) o pressuposto necessário e o critério de medida da pena, é natural que, de modo a legitimar o exercício de poder punitivo que convinha ao movimento nacional-socialista, os juristas nazistas se dedicassem a “adequar” o conceito de culpabilidade.

Vinha do século XIX a separação entre injusto e culpabilidade, fulcrada na concepção de que todos os elementos objetivos do crime se situavam no injusto e, por sua vez, todos os elementos subjetivos se localizavam na culpabilidade. Em fins do século XIX e na primeira década do século XX, a culpabilidade consistia, assim, na “relação subjetiva do agente com o resultado”; esse é o conceito que, posteriormente, seria chamado “conceito psicológico de

²³¹ Antes, a omissão de socorro era mera contravenção (Übertretung), punida com pena de multa ou prisão simples, era assim tipificada (§ 360, 1, 10): “No caso de acidente, de perigo comum ou de emergência, quem for solicitado pela polícia ou seu substituto a prestar auxílio, mas não o presta, apesar de ele poder atender à solicitação sem considerável perigo pessoal”.

culpabilidade”, adotado por **von Buri, Löffler, Radbruch evon Liszt**²³²(JESCHECK & WEIGEND, 1996, p. 420).

Tendências neokantianas de atribuição de caráter normativo a conceitos jurídico-penais levariam, nas primeiras décadas do século XX, a uma normatização da culpabilidade, que colocaria em primeiro plano a valoração da relação interna do autor com o fato a ele imputado. O primeiro passo nesse sentido foi dado por **Reinhard Frank**, que, em 1907, ataca a concepção de que a culpabilidade uma relação psicológica e de que se restringiria a ser uma soma de dolo e culpa, e diria que a culpabilidade seria um juízo de valor, fundado em um comando normativo, sobre essa relação psicológica, contendo conteria três elementos de igual nível: **i)** a normalidade mental do agente; **ii)** uma relação psíquica concreta (ou, ao menos, possível) entre o agente e o fato (dolo ou culpa); e **iii)** a normalidade das circunstâncias em que o agente atua; **Frank** sintetizaria seu conceito, dizendo que “culpabilidade é reprovabilidade” (ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, pp. 856-7).

A seguir, em 1913, **James Goldschmidt** busca encontrar um fundamento para a reprovabilidade, que **Frank** não havia indicado: diz **Goldschmidt** que, implícita à norma jurídica da qual deflui a antijuridicidade, há uma norma de dever “não pronunciada”, que impõe que cada um oriente sua conduta interna de modo a possa corresponder com as exigências impostas à sua conduta externa pelo ordenamento jurídico; além disso, a “inexigibilidade” (*Unzumutbarkeit*) é vista por **Goldschmidt** como idéia reitora das causas de exculpação. **Freudenthal**, em 1922, desenvolve a inexigibilidade como causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade (ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, p. 857).

Haveria, ainda na década de 1910, uma materialização do conceito de culpabilidade: **v. Liszt**, na 20.^a edição de seu Tratado (1914), diria que o conteúdo material da culpa estaria na “atitude interna associal”, que constituiria clara abertura para vinculação com a personalidade e o caráter do agente. E **Grünhut** diria claramente que a periculosidade do agente é objeto da reprovação da culpa, sendo, por isso, um momento da culpa (MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 1931, p. 258).

Assim, no momento em que os nazistas subiram ao poder, a culpabilidade vinha sendo conceituada — valha-nos aqui a definição de **Mezger** em 1931 — como a reprovabilidade

²³² Quanto a **v. Liszt**, pelo menos até a 18.^a edição de seu Tratado (JESCHECK & WEIGEND, 1996, p. 420).

que recai sobre o autor de uma conduta ilícita, que era imputável, que atuou com dolo ou culpa e que não podia invocar qualquer causa de exclusão da culpabilidade (1931, p. 265).²³³ Neste mesmo trabalho, **Mezger** ainda diria que a culpabilidade jurídico-penal é culpabilidade não em sentido ético, mas em sentido jurídico (1931, p. 251), mostrando que ainda estava ligado ao postulado da separação entre lei e moral. **Mezger**, em 1931, ainda afirmava que culpabilidade é “sempre” culpabilidade pelo fato isolado (“Toda culpabilidade é culpabilidade sobre o fato isolado” [...]. “Culpabilidade é uma propriedade da ação concreta e um juízo sobre ela”, cf. 1931, pp. 256-7), mas parecia já estar seduzido pela idéia de inserir considerações da personalidade na culpabilidade, ao dizer que, de lege lata, não é possível a culpabilidade de caráter (1931, p. 259).

Durante o domínio nazista, fixou-se, como já se disse, a concepção de que entre lei e ética não há nenhuma diferença (ARENDRT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 444). Isto levaria, como se verá a uma profunda eticização dos fundamentos da culpabilidade. Na primeira edição de sua parte geral do direito penal alemão, surgida em 1940, **Hans Welzel** — cuja adesão ao nazismo é objeto de controvérsia — confundiria perigosamente entre direito e moral (ou, ao menos, daria abertura para tal), ao dizer que “a culpa jurídica é a responsabilidade moral do agente, por seu ato comunitariamente contrário, perante a comunidade”. Diz ele, ainda, que “a culpa pesa sobre o autor com uma reprovação moral”, e que “o agente deve saber que o seu ato é uma infringência contra normas morais que são imprescindíveis à vida comum popular (völkische)” (1940, pp. 58-9).²³⁴

O declarado interesse nazista em extirpar, da comunidade do povo, aqueles elementos nocivos levaria, ainda, a uma subjetivação (no sentido de perquirição de aspectos da personalidade do agente: extração social, periculosidade, etc) e a uma funcionalização social do conceito de culpabilidade (no sentido de proteção da “comunidade do povo”). Haja vista a necessidade imperiosa de justificar agravamentos de pena que não encontravam supedâneo em circunstâncias próprias inerentes ao fato apenado (p. ex., o novo § 20a, introduzido pela lei 24.11.33), os penalistas nazistas se viram na contingência de buscar uma nova conceituação de culpabilidade. Sob a tendência subjetivante do nazismo, a culpabilidade se torna um “equivalente funcional da periculosidade”, como **Zaffaroni** argutamente anota

²³³ Ou seja, **Frank** já havia, desde 1907, proclamado que “culpabilidade é reprovabilidade”, iniciando uma profunda eticização da culpabilidade jurídico-penal, e ressaltado que dolo e culpa não são a culpabilidade, mas sim elementos dela.

²³⁴ Seguem os trechos originais: “Rechtliche Schuld ist die sittliche Verantwortlichkeit des Täters für seine gemeinschaftswidrige Tat vor der Gemeinschaft”; “Die Schuld belastet den Täter mit einem sittlichen Vorwurf”; e “[...] der Täter muss wissen, dass seine Tat ein Verloss gegen solche Sittennormen ist, die für das völkische Zusammenleben unentbehrlich sind”.

(2000, p. 627ss). Sob as tendências de subjetivação e de funcionalização social, o conceito de culpabilidade passa a deter uma mistura de periculosidade e de culpabilidade, ao incorporar aspectos de direito penal de autor.

Instala-se um sinistro conúbio entre culpabilidade e periculosidade, com o fim de legitimar a imposição de penas mais graves. A mais influente tentativa de acomodação teórico-discursiva da periculosidade no seio da teoria da culpabilidade seria feita por **Mezger**, com sua teoria da “culpabilidade por condução de vida” (Lebensführungsschuld), que apareceria pela primeira vez em 1938, na Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. A culpabilidade por condução de vida (Lebensführungsschuld) deveria ser examinada, ao lado da “culpa pelo fato isolado”, pois apenas aquela seria capaz de explicar as citadas disposições (o § 20a) como pena, ou seja, como resposta à culpa: “a culpabilidade jurídico-penal do autor é não apenas a culpabilidade do fato isolado, mas também uma completa culpabilidade por condução de vida, que o fez degenerar” (MEZGER, Die Straftat als Ganzes, 1938, p. 688).

No seu Grundriss de 1941, **Mezger** diria que, na culpabilidade, se trata de relacionar o fato isolado com a “personalidade” do agente e que a culpa do autor é o “estado de uma conduta reprovável”, que “invoca concepções éticas”, pois a “proteção jurídico-penal da comunidade do povo se move sobre os trilhos de princípios éticos”(1941, p. 76 e 80). Assim, a culpa jurídico-penal, para **Mezger**, seria:

“1. primeiramente, a culpa pelo fato (Tat-Schuld), na medida em que é feita uma reprovação ao autor pelas partes psicológicas de seu ato de vontade e pelos motivos ali atuantes; e 2. então, em seguida, culpa pela condução de vida (Lebensführungs-Schuld), na medida em que pode ser e é feita uma reprovação ao autor pelos motivos representativos de sua pessoa ou por sua integral personalidade caracterológica (como hoje acontece de modo especialmente nítido no § 20a)” (1941, p. 82).

Essa culpabilidade por condução de vida abrange toda a personalidade do agente, o seu ter-se-feito-assim (So-Geworden-Sein) por uma errônea condução de vida, e é, assim, uma concepção de direito penal de autor. O problema é que é pouco possível distinguir, no desenvolvimento de um homem, culpa e destino não-culpável. **Bockelmann**, em 1940, transformaria a teoria de **Mezger** em uma teoria da “culpa por decisão de vida” (Lebensentscheidungsschuld), para poder abarcar tanto o repentino como o lento decaimento da atitude interna: ou seja, a equivocada tomada de posição de vida e a não superação de uma tendência congênita à associalidade: “a essência da culpabilidade do autor — diz **Bockelmann** — não consiste em uma condução incorreta da vida, mas sim em uma decisão

incorreta sobre a vida” (ROXIN, Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 2006, p. 182)

A inserção explícita de considerações acerca da personalidade do autor leva a um conceito autoritário de culpabilidade, pois, como explica magistralmente **Juarez Tavares**, a aferição da personalidade é frequentemente vinculada a estereótipos:

“Normalmente, a aferição da personalidade é conduzida sobre elementos da percepção diária, levada a efeito pelas manifestações da pessoa em seu ambiente. Segundo as dificuldades de coleta dos dados dessa percepção, é comum mesclarem-se a isso todos os preconceitos, estereótipos e juízo negativos que não lhe pertencem, e, sim, aos conceitos morais, nem sem corespondente ao ambiente real da manifestação personalista” (2011, pp. 148-9).

A culpabilidade, por estas novas concepções (que se tornam dominantes, mas já existiam, seminalmente, em momentos anteriores à ascensão nazista), é inteiramente pervertida por noções de periculosidade, que permitiriam a imposição de penas (e sua agravação) pela invocação de aspectos da personalidade do autor. A periculosidade — como bem diz **Zaffaroni** — era um juízo policial administrativo que tinha por objeto o exercício arbitrário do poder punitivo sobre todos os que se encaixavam no estereótipo criminal (2000, p. 628); em suma, autoritarismo no poder punitivo.

A culpabilidade, para os juristas nazistas, não representava, assim, uma limitação ao poder punitivo do Estado; ao contrário, essas teorias que inserem, no conceito de culpabilidade, considerações relacionadas com a personalidade (até mesmo aquelas que não tivessem diretamente nada a ver com o fato apenado) pretendem legitimar a expansão ilimitada de poder punitivo. Subjacente ao discurso está a crença de que a consideração da periculosidade seria imprescindível para a segurança da comunidade do povo. No item seguinte, veremos as conseqüências dessa mentalidade perigosista para as penas e as medidas de segurança.

3.7.3.7. Penas e medidas de segurança

O discurso tradicional dos nazistas, durante a República de Weimar, era o de que a justiça penal era muito leniente e de que, estando demasiadamente preocupada com o autor do crime, deixava indefesa a comunidade do povo (Volksgemeinschaft). Sob o domínio nazista seria, assim, profundamente alterado o regime das penas criminais (quanto à função da pena, ao rol de penas, aos critérios de aplicação e à disciplina da execução) e finalmente se

materializaria a introdução das medidas de segurança (que, de fato, constavam de diversos projetos de reforma, desde o de 1909). Todo o regime das penas e das medidas de segurança seria conformado à função manifesta de “proteção” ou “segurança” da “comunidade do povo”, servindo concretamente, como muitos autores asseveram, à função latente de “proteção do movimento nacional-socialista”.

No que toca às penas criminais, os interesses políticos dos nazistas determinaram: **(i)** uma readequação do discurso da função da pena; **(ii)** um notável incremento da cominação e da imposição de pena de morte; **(iii)** e, quanto às penas de prisão, um aumento das escalas penais, um endurecimento dos regimes de cumprimento e uma alteração dos critérios judiciais de fixação da reprimenda.

No discurso dos juristas nazistas, o conceito de comunidade do povo devia condicionar a pena criminal em todos os seus quadrantes. A pena devia ser consequência da constatação de que o autor do crime havia sido desleal para com a comunidade e que, por isso, tinha tido sua honra anulada ou diminuída. **Freisler** chegava a dizer que a honra é o mais alto bem do alemão (1936, p. 48). E **Dahm** sustentava que “a pena que corresponde à natureza da comunidade é a pena infamante (Ehrenstrafe), pois a honra representa o valor do companheiro na comunidade e para a comunidade”; por isso, “a pena deve ser, portanto, aplicada de modo a demonstrar nitidamente o grau de diminuição da honra” (1935, pp. 6-7). A pena de morte, a prisão perpétua, a prisão por tempo determinado eram, assim, todas vistas como formas de expressão de penas infamantes.

Karl Siegert dizia claramente: “nós punimos porque o povo e sua ordem de vida precisam de proteção” (1934, p. 23). O discurso nazista de “proteção da comunidade do povo” seria, como vários estudos mostram, o parâmetro para uma reavaliação da serventia de cada uma das tradicionais teorias, absolutas e relativas, da pena: aquelas que não servissem a tal propósito seriam simplesmente descartadas e aquelas que servissem seriam reformuladas para incluí-lo em posição proeminente.

A primeira teoria da pena a ser descartada seria evidentemente a da prevenção especial positiva. A idéia preventivo-especial de ressocialização era reputada a causa do “amolecimento” da justiça penal (SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1995, p. 426) e, portanto, perderia completamente o significado. **Christian Kasseckert**, em estudo recente, diz que a prevenção geral positiva, de fortalecimento da confiança da coletividade no ordenamento jurídico, também não tinha nenhum significado fundamental (2009, p. 198).

Outras teorias seriam discursivamente adequadas aos interesses nazistas. A teoria absoluta da expiação perderia seu conteúdo clássico: não se tratava mais da retribuição do fato através de uma pena adequada à culpabilidade pelo fato, como, aliás, já se pode depreender da exposição do item anterior (3.7.3.7, supra). A expiação passava a ter uma função de limpeza (Reinigungsfunktion) da comunidade do povo, cujo parâmetro decisivo era a atitude interna (Gesinnung) do autor ou o fato de que ele não se adequava à comunidade do povo definida pela liderança nazista (KASSECKERT, 2009, p. 197).

A teoria da prevenção geral negativa também seria reformulada: não mais se visava à intimidação da coletividade para que não cometessem crimes, mas sim à intimidação para a manutenção do poder do estado nazista; assim, ela não visava à intimidação de toda a coletividade, mas sim àquela determinada parte da população (os “Volksschädlinge”) que não eram computados na comunidade do povo. Por fim, quanto à teoria da prevenção especial negativa, o acento seria colocado na função de incapacitação do autor do crime e de sua exclusão da comunidade do povo, com fins de erradicar os elementos daninhos e purificar racialmente a comunidade do povo (KASSECKERT, 2009, pp. 197-8).

Dahm e **Schaffstein** queriam, ressalta **Eberhard Schmidt** (1995, p. 427), precisamente retribuição, intimidação e neutralização: quaisquer outras funções eram vistas como liberais e individualistas. Impregnadas por elementos “völkisch”, foi exatamente o que restou. Essa readequação das tradicionais teorias da pena levou, como muitos dizem, a uma “teoria da pena especificamente nazista” (KASSECKERT, 2009, p. 197), cujo centro de gravidade radicava na “segurança da comunidade do povo”. Aliás, a necessidade de proteção do povo era critério diretivo de imposição de pena no projeto de CP de 1936, § 48, 1. **Joachim Vogel** concorda em que a pena criminal passou a ser pena de proteção, pena de segurança, e que isto foi a causa e a consequência da policização do direito penal (2004, p. 93).

Sob o nazismo, as penas criminais eram divididas em penas principais (Hauptstrafen) e penas acessórias (Nebenstrafen). As penas principais eram as seguintes: **(i)** a pena de morte (Todesstrafe); **(ii)** várias modalidades de penas privativas de liberdade (Freiheitsstrafen); e **(iii)** a pena de multa (Geldstrafe). Já as penas acessórias, que só podiam ser impostas junto com uma pena principal, eram as seguintes: **(i)** privação de direitos civis de honra (§§ 32-34); **(ii)** proibição de exercício de cargo público (§ 31); **(iii)** vigilância policial (§ 38); **(iv)** perda de

instrumentos ou de produto do crime (§§ 40-42); (v) em crimes políticos, perda do salário (§ 93a); e (vi) a publicação da sentença (§§ 165 e 200).²³⁵

A pena de morte, como se viu (cf. item 3.5.2), foi aplicada profusamente, principalmente a partir do meio para o fim da guerra. Entre 1933 e 1939, a legislação penal nazista havia estendido a pena de morte a cerca de vinte e cinco delitos (NIEDZWICKI, 2008, p. 372). Previa o CP que a execução da pena de morte se dava por decapitação (§ 13), que ocorria em quarto fechado (§ 454, CPP). Em determinados crimes, a pena de morte podia ser por enforcamento (leis de 29.03.33 e 05.09.39); quanto a crimes militares, a pena de morte era por fuzilamento (§ 13, do CP Militar).

As penas privativas de liberdades dividiam-se em reclusão (Zuchthaus), detenção (Gefängnis), prisão simples (Haft) e prisão em forte (Festungshaft). A reclusão (Zuchthaus) era a mais dura pena privativa de liberdade, e podia ser perpétua²³⁶ ou temporária (entre 1 e 15 anos, § 14, 2). A pena era medida em anos e meses inteiros (§ 19, 2). O condenado a reclusão perdia a cidadania, honras, ordens, distinções, títulos e cargos públicos (além da capacidade de detê-los), era excluído do serviço de trabalho do Reich, e não podia portar arma. A detenção (Gefängnis) era a pena privativa de liberdade de média gravidade, prevista para Vergehen (espécie intermediária de infrações penais, entre Verbrechen e Übertretung), e trazia consigo a obrigação de trabalhar (§ 16,2); a pena de detenção podia ser fixada entre 1 dia e 5 anos (§ 16, 1). A prisão simples (Haft) era a mais leve (e não infamante) pena privativa de liberdade, basicamente para Übertretungen (contravenções penais) e, excepcionalmente, para Vergehen; não implica, em regra, obrigação de trabalhar e pode ser fixada entre 1 dia e 6 semanas (§ 18).

A prisão em forte (Festungshaft), também chamada “custodia honesta” (WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1940, p. 116), era uma modalidade de pena privativa de liberdade não infamante e sem obrigação de trabalho que se direcionava, antes do período nazista, a crimes políticos; com a profunda reforma nazista dos crimes políticos, que levou a agravamentos de pena, a Festungshaft perdeu muito de seu significado. A lei 26.05.1933, uma das que alterou a disciplina dos crimes políticos, modificaria a disciplina da Festungshaft, determinando sua execução em um forte sob o comando do Ministro da Defesa

²³⁵ No CP de 1936, ainda se previa, como penas acessórias, a possibilidade de uma pena de estigmatização pública (§ 37), que cabia ao juiz determinar, inclusive no que toca ao alcance, à forma e ao local da sua publicização. O juiz também podia determinar, nos mesmos moldes, uma satisfação pública à vítima (§ 38).

²³⁶ Embora a pena perpétua não estivesse regulada na parte geral, vários dispositivos da parte especial a previam, como, p.ex., o delito de Mord (espécie grave de homicídio), em casos excepcionais (§ 405, 3).

(§ 17, 4) e tornando mais rígida a sua concessão: antes, dizia que a reclusão só podia ser imposta quando estava demonstrado que os motivos do crime eram abjetos; com a lei, passa a dizer que a Festungshaft só pode ser imposta quando o fato não se direcione contra o bem estar do povo e o agente atuou exclusivamente por motivos honrados (§ 20).²³⁷

A pena de multa (Geldstrafe) era cominada, em regra, cumulativa ou alternativamente a uma pena privativa de liberdade e, excepcionalmente, isoladamente. Mesmo nos crimes em que não estivesse prevista, a Geldstrafe podia ser imposta, se o crime tivesse fim de lucro (§ 27a), e devia ser imposta, em substituição à pena privativa de liberdade, se o fim da pena pudesse ser, através dela, alcançado (§ 27b).

Quanto aos critérios de aplicação da pena, o Código Penal alemão não trazia, salvo quanto à pena de multa, nenhum dispositivo geral. Os critérios eleitos pelos nazistas para a aplicação de pena podem ser, todavia, vislumbrados a partir do exame do projeto de CP de 1936, cujo § 48, 1 estabelecia que “o juiz deve valorar a personalidade do agente, sua condução de vida, sua posição e aptidão na comunidade do povo, e quantificar sua pena, de acordo com o que corresponda à justa exigência de retribuição e à necessidade de proteção do povo”. E o item 2 completava: “devem ser especialmente consideradas a culpa do agente e a medida de sua violação ao dever, nos delitos dolosos a intensidade de sua vontade criminosa e nos delitos culposos o grau de leviandade ou de indiferença”.

As circunstâncias do fato, em si, não importam, só sendo consideradas como sintomas da personalidade do agente, da intensidade do dolo ou do grau de culpa, ou da medida de violação ao dever. Somente nestes termos é que a extensão do dano ou da periclitación ao bem jurídico pode ter relevância para a aplicação de pena, e não em si mesma. **Mezger** dizia que “para o direito penal da vontade, o ponto de partida e o fundamento da pena não é tanto a violação de bens jurídicos, mas sim a violação pessoal de dever na conduta criminosa”.²³⁸ E a fundamentação do projeto mencionava que o “juízo sobre o fato se torna dependente do conteúdo de injusto presente na vontade do agente e da valoração de toda a sua personalidade” (WERLE, 1989, p. 427).

Interessante agravamento de pena era permitido pelo § 20a, já tantas vezes citado (cf. transcrição do artigo na nota de rodapé n.º 228, supra). Esse artigo permitia o agravamento de pena, combinando elementos relativos a condutas do autor e elementos do próprio autor, “com

²³⁷ O projeto de CP de 1936 ainda fazia referência à personalidade do agente, como mais um requisito para restringir a Festungshaft (§ 30).

²³⁸ Deutsches Strafrecht..., p. 45.

ênfase nos últimos” (WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1940, p. 120). Pressuposto relativo a condutas do autor era reiterada atividade criminosa (no mínimo, três crimes, sendo indiferente se consumados ou tentados, se como autor ou partícipe, bem como qual a espécie de crime). Pressuposto relativo ao autor era a condição de “criminoso habitual perigoso”: o Reichgericht até tentava reduzir o âmbito de aplicação, dizendo que não bastava a reiteração criminosa (RG 70, 214), devendo ser notada uma enraizada tendência ao crime (RG 68, 155), que devia levar a outros crimes consideráveis (RG 73, 47), mas podia ser nata ou adquirida (RG 69, 131) e ter causas variadas (RG 69, 131). **Welzel** admitia, entretanto, que este § 20a era uma exceção à “separação rígida entre pena e medida de segurança”, e que “essa pena não é mais apenas uma pena de culpabilidade, mas uma providência que, sob o manto de pena, abrange a verdadeira pena e a medida de segurança” (1940, p. 115).

A execução penal experimentalista, sob os nazistas, transformações terríveis. Quaisquer idéias humanistas, de limitação da crueldade das punições, e de preocupação com a personalidade do apenado, foram simplesmente abolidas. **Schaffstein** já vinha reclamando, desde 1932, quanto ao relaxamento das regulações prisionais dos anos 20: “se se imaginar essa tendência continuando por mais trinta ou quarenta anos, então não haverá mais qualquer punição” (MÜLLER, 1991, p. 85). Já em 1933, lia-se, no *Völkischer Beobachter*, jornal nazista, renunciando o endurecimento da execução penal, que “no futuro, os prisioneiros não passarão melhor do que os desempregados” (GELLATELY, 2011, p. 71).

Durante a República de Weimar, os Grundsätze para pena criminal, de 1923, definiam que o propósito era acostumar os prisioneiros na ordem e no trabalho, para que não se tornem reincidentes. O § 48 dizia como este objetivo tinha de ser atingido: “prisioneiros devem ser tratados seriamente, justamente e humanamente. Seu sentido de honra deve ser respeitado e fortalecido” (MÜLLER, 1991, p. 86). Em 1934, esses Grundsätze seriam reformulados, sob a égide de conceitos de expiação, retribuição, severidade, disciplina e ordem, e o novo § 48 era o seguinte: “A restrição de liberdade do prisioneiro é uma pena através da qual ele deve expiar o mal que cometeu. As condições da prisão devem ser tais que elas representem uma dificuldade considerável para os prisioneiros e criem uma duradoura resistência à tentação de cometer outros crimes, mesmo naqueles que não são passíveis de reeducação. Prisioneiros devem ser treinados na disciplina e na ordem, acostumados a trabalhar e ao cumprimento do dever, e fortalecidos no caráter” (MÜLLER, 1991, p. 86).

Freisler, cerca de um ano depois da ascensão dos nazistas (em artigo de 20.02.1934), já proclamava, com ironia, que “nossos amigos criminosos já perceberam que, desde 1933,

um vento mais saudável e fresco está soprando na Alemanha. Não há mais sentimentalismo nas nossas penitenciárias e prisões” (Der Angriff, *apud* MÜLLER, 1991, p. 85). Diz **Ingo Müller** que havia o apoio da classe média, desde o início (1991, p. 85).

Foram simplesmente abolidas as comissões outrora criadas para fiscalizar tratamento justo dos prisioneiros, bibliotecas de prisões foram fechadas, o fumo e o direito à correspondência proibidos. As saídas temporárias foram revogadas e nem as queixas dos prisioneiros podiam sair dos muros das prisões. Nas visitas, os prisioneiros não mais podiam cumprimentar os parentes com um beijo ou um aperto de mãos (MÜLLER, 1991, p. 86). Os presos ainda sofriam com alimentação absolutamente inadequada e endurecimento das condições de trabalho: entre 1931 e 1935, a quantia gasta pelo governo com comida, por preso, caiu pela metade; as horas de trabalho foram aumentadas de oito para dez, e a única hora diária de lazer foi transformada em uma rotina extenuante de exercícios militares.

O projeto de CP alemão de 1936 trazia uma regra que constituía uma primitiva espécie de nosso regime disciplinar diferenciado: se o crime mostrasse especial animosidade contra o povo, brutalidade, malícia ou depravação do agente, o juiz podia mandar que o condenado a Zuchthaus ou a Gefängnis ficasse a pão e água, em cama dura e cela com mínima iluminação, durante todo o tempo ou parte da pena (§ 28).

Desde 1909, todos os projetos alemães de Código Penal²³⁹ previam as medidas de segurança. Embora os nazistas, ao assumirem, já tivessem o firme propósito de editar um novo Código Penal e, a partir de 3.11.33, já estivessem ocorrendo as reuniões dos membros da Comissão de Reforma, decidiu-se não esperar o novo CP: em 24.11.33, uma lei especial alteraria o CP vigente, introduzindo e disciplinando as medidas de segurança.²⁴⁰

Roxin diz que tal introdução era a conseqüência de uma tendência nazista ao direito penal de autor (2006, p. 180), o que é verdadeiro; mas parece que se pode dizer, mais abrangentemente, que era a conseqüência natural da finalidade nazista à erradicação de elementos perigosos da comunidade do povo. Era inadmissível, para os nazistas, que um dado “técnico”, a mera ausência de culpabilidade (neste momento, ainda não havia aparecido a nova concepção de culpabilidade por condução de vida, de **Mezger**), permitisse que um elemento perigoso pudesse voltar à comunidade do povo.

²³⁹ Para tal indicação, v. VOGEL, 2004, p. 45.

²⁴⁰ **Wachsmann** assegura que a minuta da lei foi finalizada no outono de 1933 (ou seja, antes de junho daquele ano), e ainda informa que inúmeros juristas, inclusive muitos não alinhados ao regime (tal como **Robert von Hippel**), aplaudiram a edição da lei (2004, p. 128).

A lei de 24.11.33 que, segundo **Mezger**, era “um ponto de referência da legislação penal do Terceiro Reich” (1936, p. 19), introduziria, no § 42a CP, as seguintes medidas de segurança: **1.** internação em sanatório ou estabelecimento de tratamento²⁴¹; **2.** internação em estabelecimento de recuperação de embriaguez ou de desintoxicação²⁴²; **3.** internação em casa de trabalho²⁴³; **4.** custódia de segurança (Sicherungsverwahrung)²⁴⁴; **5.** castração de criminosos sexuais perigosos (Entmannung)²⁴⁵; **6.** proibição de exercício de trabalho²⁴⁶; e **7.** expulsão do Reich.²⁴⁷

As medidas de segurança podiam ser impostas cumulativamente (§ 42n) e não estavam submetidas ao princípio da retroatividade, valendo aquela que vigorasse no momento da condenação (§ 2a). A internação em sanatório e a custódia de segurança podiam indefinidamente: o tempo que sua finalidade exigir (§ 42f,1); a de “desintoxicação” e a primeira de “casa de trabalho”, que tinham prazo máximo de um ano. Ao fim de três anos, o tribunal revia a necessidade de manutenção da custódia de segurança e da internação em sanatório (§ 42f, 3). A liberação era, todavia, condicional: se o liberado demonstrasse, por sua conduta em liberdade, que o fim da medida de segurança exige nova internação, e não tendo prescrito a medida de segurança, o tribunal revoga a liberação (§ 42h, 1). A prescrição da medida de segurança ocorria em dez anos, salvo as de desintoxicação, de casa de trabalho e de castração, que prescreviam em cinco anos (§ 70); todavia, pena e medida de segurança prescreviam juntas (§ 67, 5), valendo, se diversos, o período mais longo (§ 71).

²⁴¹ Cabível, “quando a segurança pública o exija”, se alguém cometesse um ilícito penal em estado de imputabilidade ou de imputabilidade diminuída (§ 42b). No caso de imputabilidade diminuída, a internação era cumulativa com a pena.

²⁴² O § 42c permitia que o juiz impusesse internação para desintoxicação a alguém que: **1.** tome costumeiramente em excesso bebidas ou outros meios embriagantes, **2.** seja condenado por um crime ou contravenção que ele cometeu em estado de embriaguez ou tal estado esteja, de algum modo, causalmente ligado ao fato, ou ainda tenha sido condenado pelo crime do § 330a, **3.** quando for tal medida for necessária “para obter uma vida ordeira e adequada à lei”.

²⁴³ Em contravenções contra a ordem pública (§ 361, 3 a 5, e 6 a 8), o juiz, ao lado da pena, devia determinar a internação em uma casa de trabalho, quando seja necessária para exortá-lo ao trabalho e a ter uma vida ordeira e adequada à lei (§ 42d). Por mendicância, a determinação só admissível quando o autor mendigava por preguiça, por desleixo ou profissionalmente. Incapazes de trabalhar podem ser internados em um asilo (§ 42d, 3). Entre 1933 e 1939, 7.500 pessoas recebiam esta medida de segurança (WACHSMANN, 2004, p. 130).

²⁴⁴ O § 42e determinava que sendo alguém condenado, de acordo com o § 20a, como criminoso habitual perigoso, o juiz determinará, ao lado da pena, a custódia de segurança, quando a segurança pública o exigir.

²⁴⁵ A castração (Entmannung) podia — segundo o § 42k — ser imposta pelo juiz a um homem, com mais de 21 anos no momento da decisão: **(i)** que seja condenado a pena superior a seis meses em alguns crimes sexuais, depois de já ter sido anteriormente condenado, com trânsito em julgado, por outro desses crimes sexuais, e desde que resulte, da valoração geral dos fatos, que ele é um criminoso sexual perigoso; ou **(ii)** que seja condenado por dois crimes sexuais a pena mínima de um ano, e resulte da valoração geral dos fatos, que ele seja um criminoso sexual perigoso, mesmo que ainda não tenha sido anteriormente condenado, com trânsito em julgado, por um tal fato; ou **(iii)** quando ele for condenado por um homicídio motivado pelo ânimo de satisfação do instinto sexual.

²⁴⁶ O § 42l determinava que se alguém comete um crime com violação crassa de um dever imposto pela profissão, ou com abuso de seu trabalho ou profissão, e é condenado a pena mínima de 3 meses, o juiz pode proibi-lo de exercer a profissão, entre 1 e 5 anos, quando isto seja necessário para proteger a coletividade de outras periclitaciones.

²⁴⁷ O estrangeiro condenado a pena igual ou superior a 3 meses pode ser expulso, se sua permanência significar um perigo para outrem ou para a segurança pública (§ 42m)

Theodor Maunz, importante administrativista nazista, desnudaria os fins das medidas de segurança sob o nacional-socialismo:

“através da eliminação da pessoa perigosa, a medida de segurança [...] pretende evitar um estado de perigo à comunidade nacional, independentemente de qualquer ofensa cometida pela pessoa. [É uma questão de] evitar um perigo objetivo”(ARENDT, *Origens do totalitarismo*, 2006, p. 474).

A prática do crime era quase um detalhe. Como bem diz **Wachsmann**, somente a medida de internação para desintoxicação era de tratamento, as demais eram abertamente repressivas (2004, p. 129).

Não há dúvida de que a *Sicherungsverwahrung* (§ 42e) e a *Entmannung*(§ 42k) eram, para o nazismo, as mais importantes medidas de segurança. **Werle** lembra que, como o aumento de pena do § 20a era limitado, as “exigências de segurança” não eram atendidas e, por isso, a *Sicherungsverwahrung* era importante (1989, p. 95). Noticia **Werle** que a *Sicherungsverwahrung* teve aplicação significativa, inclusive retroativa: já em 1934, ela teria sido imposta em 3.723 casos (1989, p. 97)²⁴⁸; em janeiro de 1939, havia 4.326 pessoas confinadas (WACHSMANN, 2004, p. 132). A jurisprudência do *Reichsgericht* tendeu a uma interpretação dura do § 42e: ela admitia que a aplicação do agravamento do § 20a levava automaticamente à imposição subsequente da *Sicherungsverwahrung* (RGSt 73,303, cf. WERLE, 1989, p. 97).

Prova contundente do caráter repressivo da *Sicherungsverwahrung* está em que, em regra, ela foi cumprida nas prisões e penitenciárias, apenas em outra ala (WACHSMANN, 2004, p. 132). **Wachsmann** informa que, tomando em consideração os dados de janeiro de 1937, apenas 7,7% foram sentenciados a *Sicherungsverwahrung* por crimes graves, tais como delitos sexuais ou violentos; a grande maioria, 86,1% receberam-na em virtude de furtos ou de fraudes (2004, p. 133). Embora a lei garantisse a revisão da *Sicherungverwahrung* em 3 anos, a maioria dos internados esperou em vão; **Freisler**, já em 1936, dizia que, em geral, não aceitaria as liberações. Poucas centenas foram soltos, sempre com critérios pouco claros (WACHSMANN, 2004, p. 137ss). Frequentemente, proibia-se a visita de advogados àqueles em *Sicherungsverwahrung* (GELLATELY, 2011, p. 77).

A medida de segurança mais representativa do racismo nazista era, sem dúvida, a emasculação ou castração (*Entmannung*), por estar ligada também a fins eugênicos e raciais.

²⁴⁸ Desses casos, 2.367 foram de aplicações retroativas (WACHSMANN, 2004, p. 131).

Os criminosos sexuais eram considerados degenerados, que destruíam, de dentro, a comunidade do povo. Embora tenha chegado a ser discutida durante os anos de Weimar, a castração não foi incluída em nenhum dos projetos relacionados a medidas de segurança, nem nos projetos de CP; a introdução efetiva foi obra dos nazistas. O próprio **Hitler**, ao assinar a anterior lei de esterilização (de 14.07.33) de doentes, teria pedido a **Gürtner** que preparasse uma lei de castração de criminosos sexuais (WACHSMANN, 2004, p. 140). Já em 1934 seriam determinadas 613 castrações, caindo, no ano seguinte, para 343; a partir de 1935 até 1943, a quantidade de castrações anuais gravitaria entre 120 e 230, chegando o número total das estatísticas a 2.431 castrações (WACHSMANN, 2004, pp. 400-1).

As castrações ocorriam, em regra, por pedofilia e, em menor medida, por estupro consumado ou tentado; as castrações eram realizadas logo depois das decisões judiciais e consistiam na retirada dos testículos e do epidídimo, através de uma incisão no saco escrotal (WACHSMANN, 2004, p. 142). As conseqüências físicas e mentais para os castrados eram terríveis: muitos reclamavam, anos depois, de dores físicas, outros sentiam até paralisia ocasional em membros inferiores e ganhavam muito peso. Muitos perderam o cabelo do corpo e começaram a desenvolver seios; depressão profunda e suicídios também eram comuns. Em geral, havia pouco interesse nesses efeitos negativos; alardeava-se que os efeitos “para a comunidade” eram positivos, estimando-se a taxa de reincidência entre 2 e 5 por cento. Os criminosos, para serem soltos, costumavam mentir quanto à permanência de desejo sexual, mas — depois — muitos narraram que ainda se masturbavam, tinham ereções, mantinham relações sexuais e ejaculavam, como antes; **Wachsmann** informa que pesquisa recente mostrou que mais de 40% dos castrados continuavam a ser sexualmente ativos. A incerteza quanto aos efeitos da castração levou o Reichsgericht — narra **Wachsmann** — a permitir a imposição cumulativa da Sicherungsverwahrung e da Entmannung (2004, p. 143).

É muito interessante ver as críticas que, à época, **Nelson Hungria** faria a esta odiosa pena²⁴⁹ de castração:

“Romperam-se os últimos escrúpulos. É o Estado-Moloch invadindo o derradeiro reduto do indivíduo, para negar-lhe até mesmo o direito a uma imperiosa função fisiológica, a uma atividade imposta pelo látigo de um instinto natural” [...] “Ora, nada mais discutível e dubio do que a castração dos anômalos sexuais na sua finalidade de defesa social” (1981, p. 88ss).²⁵⁰

²⁴⁹ Tento, mas é impossível, aqui, escrever “medida de segurança”.

²⁵⁰ **Hungria**, logo à frente, invocava lições de medicina legal para indicar que se a castração não fosse por ablação total dos órgãos genitais, o indivíduo continuava a poder copular e, ainda que o fosse, a libido permanecia, sendo comuns, na história, orgias de castrados. Por isso, **Hungria** dizia: “É esta a lição da ciência: permanece a libido nos emasculados e,

4

AUTORITARISMO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A transição do autoritarismo político do regime militar para a democracia formal do regime civil se iniciou muito antes do ato de transferência da faixa presidencial do general **João Figueiredo** para **José Sarney** em 15.03.85. Cerca de onze anos antes, o general **Ernesto Geisel** tomava posse e prometia uma abertura “política lenta, gradual e segura” (FAUSTO, História do Brasil, 1999, p. 489); essa abertura, todavia, não foi sempre segura (pelo menos, não para os opositores do regime). Inúmeras marchas²⁵¹ e contramarchas²⁵² ocorreram nesse acidentado e longo caminho. Aredemocratização só seria completada em 1990, depois da promulgação de uma Nova Constituição e da posse, em março daquele ano, do primeiro presidente eleito diretamente pelo povo.

A Carta-cidadã, apelido dado por **Ulysses Guimarães** à Constituição Federal de 1988, declara sua intenção de estabelecer um Estado Democrático de Direito (preâmbulo, e art. 1.º), com harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2.º), em que o todo poder emane do povo (art.1.º, parág. ún.) e tendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1.º, II, III, V), para construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), sem desigualdades, nem preconceitos (art. 3.º, III e IV).

Significativamente, a Constituição brasileira de 1988 confere proeminência aos direitos humanos (art. 4.º, II) e aos direitos e garantias fundamentais (título II, arts. 5.º a 17), que são enunciados antes da organização do Estado. Embora se critique a concentração dos meios de comunicação de massa nas mãos de alguns poucos grupos, temos, no Brasil, uma relativa liberdade de imprensa. Desde a década de 1980, eleições livres e periódicas, com

se não foi praticada a completa eviratio, persiste a capacidade para estéreis amplexos e conjunções. E quando desapareça esta, sempre restará aquela, e então o castigo da emasculação redundará num suplicio tantálico, na agonia cruciante de um insatisfeito desejo sempre vivo, a requeimar o sangue nas veias do mutilado” [...] “Nunca é impunemente que se consegue truncar a natureza” (Comentários ao Código Penal, 1981, p. 90).

²⁵¹ Importantes passos no sentido da distensão política foram dados, por exemplo, com a revogação do AI 5 (em 13.10.78) e do ominoso decreto-lei 898/69 (em 17.12.78), a promulgação da lei da Anistia (em 28.08.79), a realização de eleições diretas para governador (em 1982), a edição de uma nova lei de segurança nacional, já expungida da ideologia de segurança nacional (em 14.12.83), e a realização da campanha das “Diretas-Já” (em 1984).

²⁵² Contra-golpes à distensão política foram desferidos, por exemplo, com os assassinatos de Vladimir Herzog (em 25.10.75) e Manuel Fiel Filho (em 17.01.1976), com os vários atentados a bomba já na década de 1980 (dos quais destacam-se, o do Riocentro [em 30.04.1981], e o da OAB), e com as manobras políticas contrárias à campanha das “Diretas-Já”, que resultaram na não-aprovação da emenda Dante de Oliveira (em 25.04.1984).

sufrágio universal, têm ocorrido para todas as esferas de poder político; assim, embora muito se critique o processo eleitoral brasileiro, que privilegia os partidos que estão no poder (p.ex., com a concessão de mais tempo no horário político eleitoral), nossos representantes têm sido eleitos democraticamente. Vivemos, portanto, em um regime político formalmente democrático.

Em termos político-ideológicos, não se pode dizer que predominem idéias políticas que declarem, de modo explícito, a desigualdade entre as pessoas, nem que pretendam aniquilar o valor do indivíduo em prol da sociedade e do Estado brasileiros. Não há partidos ou outras forças políticas relevantes que sustentem abertamente um nacionalismo excludente, algum tipo de racismo ou outra forma sectária de diferenciação entre as pessoas. Em termos econômicos, vigora no Brasil um exacerbado neoliberalismo, que advoga a predominância do livre mercado e da livre iniciativa econômica, que, segundo sustentam os neoliberais, seria a melhor maneira de garantir igualdade de oportunidades e até amplas possibilidades de mobilidade sócio-econômica.

Seria de se esperar, portanto, que as liberdades políticas e econômicas levassem a um sistema penal democrático, em que fossem respeitadas a dignidade de pessoa humana, a justiça, a solidariedade, e os direitos humanos (que, aliás, são objetivos declarados do Estado e da sociedade). Inúmeros autores, todavia, sustentam que o sistema penal brasileiro contemporâneo é altamente autoritário. Este tipo de afirmação não constitui exclusividade brasileira; em inúmeros países que tradicionalmente se intitulam democracias (tais como os Estados Unidos da América, o Reino Unido, a Alemanha etc.), muitos pensadores denunciam o autoritarismo dos respectivos sistemas penais.

É até possível encontrar alguns autores que afirmam que as políticas criminais das democracias contemporâneas se assemelham às da Alemanha nazista: **Zaffaroni**, ao prefaciar recentíssima tradução de obra de **Grispigni** e **Mezger** publicada durante o nazismo, garante que decifrar a política criminal nazista permite descobrir “que selo de origem têm algumas propostas político-criminais do presente” (La reforma penal nacional-socialista, 2009).

No presente capítulo, buscarei analisar se e em que medida é possível, passados mais de 20 anos da finalização da transição para o regime democrático, falar em autoritarismo no Estado e na sociedade brasileira contemporâneos. Em seguida, buscarei analisar o sistema penal brasileiro contemporâneo, para verificar se e em que medida se pode dizer que ele esteja marcado por autoritarismo, bem como avaliar a tese da estrutralidade do autoritarismo no sistema penal (cf. item 2.2.2, supra). Também buscarei analisar se, de fato, políticas criminais

atuais podem ser, de algum modo, reputadas como inspiradas em regimes políticos autoritários, notadamente o nazismo, analisado no capítulo precedente. Tais análises dependem de uma breve contextualização histórica, que é o objeto do item seguinte.

4.1. Percurso histórico dos tempos atuais

Desde o início da década de 1990, impera, no Brasil, um modelo econômico capitalista neoliberal, impulsionado pela globalização. O capitalismo neoliberal, que, ao longo dessas duas décadas, tomou conta de boa parte do mundo ocidental, tem raízes em políticas sócio-econômicas gestadas, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, na década de 1970. A globalização, que consiste em um processo de intensificação e aceleração das comunicações e das trocas internacionais sem entraves das fronteiras nacionais, também está radicada em fatores históricos criados em décadas anteriores. A compreensão do quadro sócio-econômico do Brasil contemporâneo exige uma breve análise retrospectiva do cenário mundial e de sua articulação com o contexto nacional.

Além da demonstração clara (consistente na detonação de duas bombas atômicas) de que o homem poderia aniquilar a vida no planeta, a experiência da Segunda Guerra Mundial trouxe, em termos econômicos e políticos, diversas lições ao mundo. Economicamente, mostrou que a intervenção estatal na economia, naquele momento direcionada ao esforço militar de guerra, poderia conduzir à superação de graves crises econômicas — a furiosa e longeva Crise de 1929 só foi superada com a economia de guerra; assim, cria-se que, se a intervenção estatal na economia foi profícua em tempos de guerra, também o seria em tempos de paz. Politicamente, mostrou que era vital a reestruturação das relações sociais internas e das relações estatais internacionais: para garantir alguma paz interna e para afastar o comunismo, teria que ser construído algum tipo de compromisso entre capital e trabalho (HARVEY, 2005, pp. 9-10); no plano internacional, o respeito à autodeterminação dos povos e a intensificação das relações internacionais conduziram à criação da Organização das Nações Unidas.

Robert Dahl e **Charles Linblom**, sustentavam em 1953 que o capitalismo e o comunismo, em suas formas cruas, falharam, e diziam que a única via era construir a correta mistura de estado, mercado e instituições democráticas para garantir paz, inclusão, bem-estar e estabilidade (HARVEY, 2005, p. 10). Economistas importantes, como **John Maynard Keynes** (1883-1946) e **Karl Polanyi** (1886-1964), diziam que o governo tinha de intervir

mais ativamente na economia, para evitar os excessos de um liberalismo econômico desregulado. **Keynes** desafiava as crenças liberais clássicas de que, em momentos de crise, o mercado se corrigiria naturalmente e retornaria a um equilíbrio de emprego pleno; ele advogava que o Estado aplicasse recursos em épocas de crise, para a criação de novos postos de trabalho. A intervenção estatal na economia exigia o controle do fluxo de entrada e saída de moeda, a concessão de crédito para microempreendimentos, a alta taxa sobre indivíduos ricos e empresas lucrativas, a intensificação de serviços sociais para os trabalhadores, e aumentos de salários (proporcionados por ação do governo em barganhas com as grandes empresas), que levaram, ao menos nos países ricos, à expansão do estado de bem-estar e a que os trabalhadores entrassem para a classe média (STEGER & ROY, 2010, pp. 6-7).

Nas décadas de 1950 e 1960, esse intervencionismo estatal na economia, com políticas redistributivas, expansão de gastos públicos e construção de um Estado de Bem Estar, levaria a altas taxas de crescimento nos países ricos. Em 1970, **Richard Nixon**, presidente americano, chegaria a dizer: “nós todos somos Keynesianos hoje”; todavia, já nos últimos anos da década de 1960 e decisivamente na década de 1970 (principalmente, após a crise do petróleo de 1973 e a criação da OPEP), o desemprego, a inflação e a estagnação econômica começariam a ser sentidos nos países ricos (HARVEY, 2005, pp. 11-12).

A restrição de poder econômico, imposta às elites após a Segunda Guerra Mundial, estava se tornando palpável: nos EUA do início da década de 1970, os 1% mais ricos mantinham sua cota de 8% da renda nacional (nível do fim da Segunda Guerra Mundial; antes dela, era de 16%), mas o bolo, agora, tinha parado de crescer; quanto à riqueza, os 1% mais ricos se mantiveram estáveis, mas, no início da década de 1970, os valores dos ativos (ações, propriedades e poupanças) entraram em colapso e o nível de riqueza das elites despencou. Surgiriam novos ventos socialistas, que constituiriam uma clara ameaça político-econômica contra as classes dirigentes. Assim, as elites tinham de agir decididamente para se proteger contra aniquilação política e econômica (HARVEY, 2005, p. 15).

A volta a um liberalismo pleno, em que o estado não intervinha na economia, já vinha sendo advogada desde o fim da Segunda Guerra Mundial por alguns pensadores (como, p.ex., **Friedrich von Hayek**, já em 1947) e, ao longo da década de 1960, ganhava o apoio de importantes economistas da Escola de Chicago (como, p.ex., **Milton Friedman**). A essa volta a um liberalismo pleno, que vigorava antes da crise de 1929, tem-se dado o nome de neoliberalismo: **Gérard Duménil** e **Dominique Lévy**, após cuidadosa reconstrução de dados,

concluíram que o neoliberalismo foi, desde o início, um projeto para obter a restauração do poder de classe das elites econômicas (HARVEY, 2005, p. 16).

No contexto neoliberal, evita-se, como argutamente notou **Galbraith**, o emprego do próprio nome “capitalismo”, que tem uma larga tradição negativa (pois desemboca na crise de 1929!): passa-se a falar em “sistema de mercado” (market system); “quando a referência histórica do capitalismo deixou de ser satisfatória, a denominação do sistema foi mudada” (2004, p. 17). A palavra “mercado”, de fato, é asséptica (não tem nenhum passado desabonador!) e permite, inclusive, uma espiritualização altamente interessante: eventuais crises passam a ser “culpa do mercado” (uma entidade quase que etérea), e não mais da classe capitalista, que é a verdadeira detentora do poder econômico (2004, p. 24).

Pelo credo neoliberal, cabia ao Estado desregular economias nacionais, liberar o comércio internacional e, já num contexto de uma incipiente globalização, criar um único mercado global (STEGGER & ROY, 2010, p. x). Cria-se que as decisões estatais em matéria de investimento e de acumulação de capital estavam fadadas ao erro, pois a informação disponível ao estado não poderia rivalizar aquela disponível aos agentes privados do mercado (HARVEY, 2005, p. 21). O estado deveria, portanto, se retirar de todos os setores da economia, inclusive aqueles considerados básicos e/ou estratégicos (como siderurgia, mineração, etc) – as empresas públicas deveriam, portanto, ser privatizadas. A crença de que a autorregulação do mercado levaria à otimização econômica e ao pleno emprego, que remontavam a liberais clássicos como **Adam Smith** (1723-1790) e **David Ricardo** (1772-1823), era novamente o mantra dos economistas. A demonstrar a aceitação que as idéias neoliberais vinham granjeando, **von Hayek** e **Friedman** seriam agraciados com prêmios Nobel de Economia, respectivamente em 1974 e em 1976.

Sob o governo de **Margaret Thatcher**, na Grã-Bretanha, e de **Ronald Reagan**, nos EUA, o neoliberalismo experimentaria uma primeira importante onda naqueles países, no início dos anos 1980; as medidas seriam a redução do papel do governo na economia, a desregulamentação de vários setores (como, p.ex, o de Savings and Loans, que levaria a muitas fusões e aquisições), privatizações de empresas públicas e uma política de corte de gastos públicos em programas sociais (mas, significativamente, gastos com militarização seriam até aumentados) (STEGGER & ROY, 2010, p. 49).

Os países ricos logo perceberam a importância de impor o credo neoliberal aos países em desenvolvimento, cujos mercados consumidores, que, agora poderiam ser acessados em virtude de todas as melhorias técnicas (de comunicações, transportes, etc.), ainda eram

protegidos por barreiras tributárias. Era muito fácil influenciar as economias desses países em desenvolvimento, na medida em que eles dependiam de crédito externo.

Os organismos monetários internacionais (como o F.M.I. e o Banco Mundial) passaram, então, a vincular abertura e a manutenção das linhas de crédito dos países em desenvolvimento à adequação das economias desses países a diretrizes neoliberais. Em fins de 1989, o F.M.I., o Banco Mundial e o Tesouro dos EUA estabeleceram um conjunto de dez prescrições que constituiriam um pacote-padrão de reformas econômicas para países em desenvolvimento; esse documento, que passaria a ser chamado Consenso de Washington (considerando que todas as três instituições tinham sede naquela cidade americana!), advogava a estabilização macroeconômica a partir de medidas de austeridade administrativa e, adotando largamente o credo neoliberal, de medidas de abertura econômica para o comércio e o capital estrangeiro, de privatização de empresas estatais e de expansão das forças do “mercado” na economia doméstica.²⁵³ Esse rol de prescrições atuava ainda como uma “blindagem anti-mudanças”, pois, como diria **John Williamson** (inventor da expressão “Consenso de Washington”): “é indispensável banir o debate político-econômico das disputas eleitorais, como única forma de viabilizar a existência de sistemas democráticos, em países periféricos” (apud BRITO, 2010, p. 116).

Essa imposição do credo neoliberal, aliada à globalização e ao colapso da União Soviética, foi altamente bem sucedida; afinal, os governos dos países periféricos eram demasiadamente frágeis para se opor aos burocratas do FMI e do Banco Mundial, mesmo que o neoliberalismo não fosse adequado aos problemas econômicos de seus países (ANITUA G. I., Histórias dos pensamentos criminológicos, 2008, p. 768). A década de 1990 constituiu o apogeu da crença no neoliberalismo, que conquistou o mundo como um colosso, confrontando as economias periféricas com novas condições e regras para seu desenvolvimento econômico e chegando, com a desintegração da União Soviética e a extinção do Pacto de Varsóvia e do COMECON, ao coração do antigo bloco soviético. Ao fim da década de 1990, **Bill Clinton** e **Tony Blair** poderiam facilmente ter revertido a declaração de **Richard Nixon** e dito “nós todos somos neoliberais hoje”.

A extrema facilidade de intercâmbio de informações facilitou a difusão dos valores culturais dos países ricos, e a criação (muitas vezes, manipulada), em escala planetária, de

²⁵³ Os dez pontos eram os seguintes: disciplina fiscal, reordenação de prioridades de gastos públicos, reforma tributária, liberalização das taxas de juros, taxas de câmbio competitivas, liberalização do comércio internacional, liberalização irrestrita de investimentos estrangeiros, privatização, desregulamentação econômica e trabalhista e direito à propriedade intelectual.

“necessidades” de consumo de bens e de produtos das corporações transnacionais desses países. Era o ingrediente necessário à invasão de produtos estrangeiros nos mercados consumidores dos países em desenvolvimento.²⁵⁴

A adesão do Brasil à política capitalista neoliberal, que o Consenso de Washington explicitava e impunha, ocorre já a partir do início do ano de 1990, mas se implementa paulatinamente, dadas as resistências criadas por diversos setores da sociedade. No governo **Collor**, é criado, pela lei 8.031, de 12.04.90 (fruto da medida provisória 155, de 15.03.90, dia da posse daquele presidente), o Programa Nacional de Desestatização.²⁵⁵ As primeiras empresas públicas a serem privatizadas foram a Usiminas e a Usumec, em 24.10.91 (ou seja, mais de um ano e meio depois). A Usiminas, do ramo siderúrgico, era uma empresa pública lucrativa e com boa imagem; relata **Miriam Leitão** que a escolha de começar por ela, nas palavras de **Eduardo Modiano**, então presidente do BNDES, era para “marcar posição, deixar claro que a privatização era para valer. Não era apenas para vender sucata ou empresas deficitárias. Era uma mudança de política. Era para reduzir o Estado no setor produtivo, por isso começamos pela mais lucrativa” (LEITÃO, 2011, p. 242). No governo **Fernando Henrique Cardoso**, ocorreria a privatização, entre outras, da Companhia Vale do Rio Doce e do sistema Telebrás (composto por 53 empresas, de telefonia fixa e celular). Ao longo da década de 1990, 106 empresas públicas, incluindo subsidiárias, seriam privatizadas e, até o momento, 122 empresas públicas foram privatizadas.²⁵⁶

No governo **Sarney**, já tinham ocorrido algumas reduções de tarifas de importação, mas foi certamente a partir do governo **Collor** que se deu impulso à queda das barreiras alfandegárias que protegiam a indústria nacional. Em 1988, a média das tarifas de importação era de 45%, caindo para 32,2% (em 1990), 25,3% (em 1991), 17,1 (em 1993), e 13,6% (em 1996).

²⁵⁴ A manutenção desses mercados consumidores e de sua capacidade de consumo é de extrema importância para o capitalismo neoliberal contemporâneo, que crê piamente na capacidade de perene aumento do consumo. Isto leva a inúmeras distorções, para manter o frenesi consumista, como por exemplo, a obsolescência programada dos objetos de consumo, que é um procedimento econômico nitidamente destrutivo (BRITO, 2010, p. 77).

²⁵⁵ As finalidades desse programa estão proclamadas no art. 1.º da lei: “I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa”.

²⁵⁶ Fonte: Ministério do Planejamento, cf. http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/estatistica/UnivEst_privatizadas.pdf.

A globalização e o neoliberalismo econômico trouxeram conseqüências sociais drásticas para os países ricos e, ainda mais, para os países em desenvolvimento. O neoliberalismo incita fortemente o individualismo, em detrimento dos valores de coletividade. **Thatcher**, uma das mais fervorosas defensoras do neoliberalismo, chegaria a dizer que “não existem tais coisas como sociedades, apenas homens e mulheres individuais” (HARVEY, 2005, p. 23). Bem diz **Zygmunt Bauman** que “na sociedade líquido-moderna dos consumidores, cada membro individual é instruído, treinado e preparado para buscar a felicidade individual por meios e esforços individuais” (2008, p. 68). O individualismo e a importância do consumo levam a extrema competitividade, que provoca a erosão de solidariedade humana. O individualismo venceu a solidariedade (DUBY, 1999, p. 25). A competitividade tem a guerra como norma, e impõe que, a todo o custo, o outro seja vencido, para que se tome o seu lugar; o individualismo também afasta o outro, que acaba a ser constituído como coisa (SANTOS, 2000, pp. 46-47).

Os consideráveis cortes de gastos com programas sociais (eis que a prioridade é o pagamento de juros da dívida e a criação de superávits primários), os arrochos salariais e a ausência de regulamentação da atividade econômica levaram ao aprofundamento das desigualdades sociais.²⁵⁷ Nos países ricos, as elites, que comandam as grandes corporações, passaram ter renda estratosférica, como mostram os elevadíssimos salários dos presidentes de multinacionais na década de 1990. Já os assalariados, que tiveram constantes aumentos nas décadas entre 1945 e 1975, passaram a receber cada vez menos (STEGER & ROY, 2010, pp. 61-62). Apenas três praças comerciais, Nova York, Londres e Tóquio, concentram mais da metade das transações; de outro lado, os 47 países mais pobres diminuíram sua participação no comércio mundial: de 2,3%, em 1960, para 0,3%, em meados da década de 1990 (SANTOS, 2000, p. 41). O impacto da globalização neoliberalizante é, portanto, mais sensível para aqueles que menos se beneficiam dela (HOBSBAWM, 2007, p. 11).

Nos países pobres, as elites políticas e econômicas (freqüentemente educadas nas Universidades dos países ricos) aprenderam a adaptar os ditados do Consenso de Washington aos seus próprios contextos locais e aos seus próprios objetivos políticos (STEGER & ROY, 2010, p. xi), mas os mais pobres experimentam as maiores privações. As desigualdades

²⁵⁷ E isto sem falar nas diversas crises econômicas pelas quais o capitalismo neoliberal passou ao longo destes últimos vinte e cinco anos, tais como “a quebra do mercado de ações, em 1987; a quebra dos junk bonds (“títulos podres”) e a crise dos savings and loans (instituições financeiras de poupança e empréstimos) norte-americanas, em 1990; a derrocada dos debêntures norte-americanos, em 1994; a ‘primeira fase’ da crise financeira internacional, envolvendo Tailândia, Coréia hong Kong, em 1997; a ‘segunda fase’ da mesma, abrangendo Rússia e Brasil, em 1998; o estouro da chamada “bolha da internet”, em 2001-2003; e estouro da atual bolha imobiliária” (Lordon, apud BRITO, 2010, p. 66)

sociais, nesse contexto neoliberal globalizado, são estruturais e endêmicas, pois não há recursos naturais suficientes para assegurar, nos países pobres, o nível de vida existente nos países ricos, e propagandeado pelos meios de comunicação (BAUMAN, Medo Líquido, 2008, pp. 98-9). Vivemos, hoje, um “capitalismo de barbárie”, em que há vastas massas de “desempregados e irremediavelmente inempregáveis” (BATISTA N. , Introdução, 2010, p. 7).

Na medida em que o discurso da globalização é funcional apenas para abrir os mercados consumidores e para obter mão-de-obra barata em países pobres, mas impede o trânsito de trabalhadores dos países pobres para os países ricos, tem-se uma globalização capenga, plasmada unilateralmente para ter, para os países ricos, apenas os efeitos positivos. A imigração de trabalhadores para os países ricos é objeto de restrições cada vez maiores, que levam inclusive à estratégia de criminalização dos imigrantes ilegais, sob a ilusória bandeira de combate ao tráfico de pessoas. Essa globalização capenga é causa primeira da injustiça e assim, indiretamente, do conflito e da violência; para **Arundhati Roy**, foi essa globalização que estimulou subprodutos perigosos: nacionalismo, fanatismo religioso, fascismo e terrorismo, “marchando lado a lado com o projeto neoliberal de globalização” (BAUMAN, Medo Líquido, 2008, p. 127).

O exacerbado individualismo, a quase absoluta ausência de apoio estatal, a extensa desregulação da vida econômica e as endêmicas desigualdades sócio-econômicas levam a que a vida moderna seja percebida como um campo de batalha, no qual é preciso lutar sempre, porque todas as vitórias são meramente temporárias (BAUMAN, Medo Líquido, 2008, p. 68). Vivemos em um mundo confuso e confusamente percebido (SANTOS, 2000, p. 17).

Desde, pelo menos, a década de 1980, fala-se que vivemos em uma sociedade de risco, pois — como diz **Ulrich Beck** — a produção social de riqueza está acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos (2006, p. 29). A compreensão de que estamos diuturnamente expostos a risco leva a “inseguranças”. A insegurança, por sua vez, cria o medo (JUDT, 2010, p. 8). O medo, generalizado na sociedade contemporânea de vários países ocidentais (e potencializado pelos atentados de 11 de setembro, cujas causas podem ser reconduzidas ao modo de condução da política externa econômica americana), leva a um endêmico autoritarismo psicológico-social, que favorece a intolerância e a punição exacerbada. Adiante veremos, mais proximamente, como este autoritarismo psicológico-social aparece e se expressa da sociedade contemporânea.

4.2. Autoritarismo no Brasil contemporâneo

Embora não tenhamos, no Brasil, um regime político autoritário, nem importantes correntes de pensamento cujos fins declarados permitam caracterizá-las como ideologias políticas autoritárias, há, em nosso país, um marcado autoritarismo, que, como se verá, se expressa dramaticamente no sistema penal.

A **primeira modalidade de autoritarismo** existente, de forma explícita, no Brasil atual (aliás, em todo o mundo ocidental) é um profundo **autoritarismo psicológico-social**. As inseguranças da vida atual no mundo em geral (e no Brasil em especial), sejam elas reais ou supostas, sejam elas espontâneas ou provocadas, têm conduzido a um sentimento de **medo** generalizado, que tem como conseqüência um autoritarismo psicológico-social. A **segunda modalidade de autoritarismo** existente no Brasil é um **autoritarismo ideológico latente**, não manifesto, nunca explicitado abertamente, que consiste em um **preconceito contra os negros**. Pode-se dizer que, após tantos anos da abolição da escravatura, permanece freudianamente latente no fundo do subconsciente, reprimida, mas não removida, a obsessiva e perversa idéia da inferioridade e da periculosidade dos negros.

Estas duas modalidades de autoritarismo serão, apenas para fins expositivos, tratadas separadamente, mas é importante dizer que não são compartimentos estanques; ao contrário, elas se comunicam, se sobrepõem e se retroalimentam.

O autoritarismo psicológico-social contemporâneo tem origens — como já se mencionou — na organização sócio-econômica das últimas décadas. Nos altares do individualismo, da competitividade, do consumismo desenfreado e da redução da regulação econômica à sua expressão mínima, a nova ordem global capitalista neoliberal sacrifica a solidariedade, a segurança social e o valor da pessoa humana. As condições da sociedade individualizada são inóspitas à ação solidária. Na sociedade do risco, proclama-se que nada é certo, há risco em todas as partes, e, com isso, o estado de insegurança é permanente e impossível de ser extirpado. **Zygmunt Bauman** diz que a vida líquido-moderna é um campo de batalha, no qual todas as vitórias são temporárias e o conflito do reconhecimento, destinado a atualizar o inventário de ameaças e oportunidades, nunca se extingue (2008, p. 69); mesmo nas nações mais avançadas, onde objetivamente as sociedades são as mais seguras que já existiram na história da humanidade, os cidadãos — as pessoas mais mimadas e paparicadas de todas — se sentem mais ameaçados, inseguros e atemorizados, mais inclinados ao pânico e mais apaixonados por tudo que se refira a segurança e proteção do que as pessoas da maioria das sociedades de que se tem registro (2008, pp. 132-3).

Este estado de coisas cria enormes inseguranças, reais ou meramente supostas — essas inseguranças criam o medo. Na medida em que o individualismo e a competitividade regem a vida atual, não mais nos interessamos pelo outro, que, na melhor das hipóteses, é coisificado, e, na pior, é algo a ser esmagado, para que possamos ter sucesso na obtenção de dinheiro para adquirir, com isso, sentido neste mundo capitalista do consumo. Isto, é evidente, afasta as pessoas e, no momento em que estou afastado de alguém, não o compreendo, e, portanto, estou a um passo de ter receio, temor e até medo do outro.

Inúmeros pensadores (sociólogos, cientistas políticas, escritores, etc.) asseveram que vivemos uma era de medo. É uma era de medo difuso, disperso, ubíquo, que tem tantas origens que, em certo momento, não mais se consegue distinguir qual a sua verdadeira causa e se ele é realmente justificado. E mais, como bem diz **Bauman**,

“todos os dias, aprendemos que o inventário de perigos está longe de terminar: novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos) – preparando-se para atacar sem aviso”, e que “as oportunidades de ter medo estão entre as poucas coisas que não se encontram em falta nessa nossa época, altamente carente em matéria de certeza, segurança e proteção. Os medos são muitos e variados” (2008, p. 12 e 31).

Milton Santos chega a dizer que

“jamais houve na história um período em que o medo fosse tão generalizado e alcançasse todas as áreas da nossa vida: medo do desemprego, medo da fome, medo da violência, medo do outro. Tal medo se espalha e se aprofunda a partir de um violência difusa, mas estrutural, típica do nosso tempo, cujo entendimento é indispensável para compreender, de maneira mais adequada, questões como a dívida social e a violência funcional, hoje tão presentes no cotidiano de todos” (2000, p. 58)

A atual cultura do medo (GLASSNER, 1999, p. 3) é altamente lucrativa para determinados setores: o medo vende (GARDNER, 2009, p. 15). Por isso, muitas vezes, há uma verdadeira propaganda para incutir medo, feita de maneira bastante subliminar, como se fosse uma autoridade anônima, que é muito “mais eficiente do que a autoridade evidente, pois ninguém suspeita de que há uma ordem que se espera ser seguida”; “é como ser atingido por um inimigo invisível; não há ninguém nem nada contra o que lutar” (FROMM, 1994, p. 166).

Esse perene estado de **medo** tem altíssimo potencial para disparar ou para exacerbar o autoritarismo psicológico-social. O medo é funcional para colocar as relações interpessoais em bases autoritárias. Isto é asseverado não apenas por todos aqueles que dedicaram ao estudo dessa modalidade de autoritarismo, mas também inúmeras pessoas observadoras do comportamento humano. **Érico Verissimo** chega a dizer que, no início do primeiro volume de

“O Tempo e o vento”, que “medo é doença, medo é febre”. **Michel de Montaigne** asseverava: “dizem os médicos que não há outra [paixão] que mais depressa tire nosso discernimento fora de sua devida compostura. De fato, vi muitas pessoas que se tornaram insensatas de medo” [...] “quantas vezes [o medo] transformou [...] nossos amigos em nossos inimigos? E a cruz branca na vermelha?”(2002, p. 110). **Miguel de Cervantes** escreveu, com precisão: “o medo tem muitos olhos; e enxerga coisas no subterrâneo” (Don Quixote, III, 6). **Adlai Stevenson II**, candidato, por duas vezes, a presidente dos EUA na década de 1950, afirmou em famoso discurso: “A tragédia dos nossos dias é o clima de medo em que vivemos, e medo reproduz repressão. Muito frequentemente ameaças sinistra à Bill fo Rights, à liberdade de expressão, são ocultas sob a capa patriotic do anti-comunismo”. **Franklin D. Roosevelt**, vinte anos antes, já havia dito: “a unica coisa de que devemos ter medo é do próprio medo – o terror inominado, irrazoável e injustificado que paralisa os necessários esforços para converter retrocesso em avanço”.

O medo leva precisamente àquilo que caracteriza o autoritarismo psicológico-social: a **criação de grupos-dentro vs. grupos-fora**, que conduz à exclusão social. A exclusão do outro é vista como um ato necessário à manutenção da própria inclusão: “o que vemos são pessoas tentando excluir outras pessoas para evitar serem excluídas” (BAUMAN, Medo Líquido, 2008, p. 30). Ao longo da história, as pessoas mais autoritárias sempre apelaram à disseminação do medo como forma de ativar a intolerância e de levar à repressão e à punição de pessoas que eram vistas como outsiders. Referindo-se ao medo, **Vera Malaguti Batista** chega a dizer há um “papel constitutivo desse sentimento, desse afeto, na formação social brasileira” (2000, p. 187).

A insegurança, o medo e o desamparo levam a que as pessoas passem a reputar aceitáveis e até a racionalizar práticas que acham que poderão protegê-las. Diz **Milton Santos**: “as pessoas sentem-se desamparadas, o que também constitui uma incitação a que adotem, em seus comportamentos ordinários, práticas que alguns decênios atrás eram moralmente condenadas” (2000, p. 38).

A cultura do medo leva a que este sentimento seja direcionado aos diferentes, que, numa sociedade capitalista, recai sobre grupos menos favorecidos. **Bauman** diz que, hoje, o princípio fundamental da ordem capitalista neoliberal é a “aposta nos ricos” (2008, p. 30); assim, os pobres não importam. Os pobres são aqueles que, por sua condição mesma, não apresentam previsibilidade de conduta compatível com os interesses dos detentores do poder. Os grupos menos favorecidos são aqueles cuja conduta não traz a segurança subjetiva aos

detentores do poder.²⁵⁸ Numa sociedade de consumo, na qual a pessoa tem seu valor vinculado à sua capacidade de consumir, muitos autores indicam que as sociedades se dividem entre consumidores e excluídos do consumo.

A segunda modalidade de autoritarismo existente no Brasil, em forma latente, é **opreconceito de cor**. Seja, como sustenta **Florestan Fernandes** (2007 [1972], p. 62) por herança da sociedade escravocrata dos períodos colonial e imperial, seja, como entende **Carlos Hasenbalg** (2005, p. 77), por medo de que os negros ocupem os postos privilegiados da elite branca, seja por uma combinação de ambos os fatores, há claras manifestações, no Brasil atual, de preconceitos de cor.

À histórica desigualdade jurídica dos tempos da escravidão seguiu-se um discurso de desigualdade biológica que afirmava a inferioridade dos negros. A política de branqueamento da população brasileira, realizada em fins do século XIX e início do século XX, foi adotada a partir da crença explícita, à época, de que os brancos eram uma “raça” superior. O decreto n.º 528, de 28.06.1890, liberava a imigração para o Brasil, “excetuados os indígenas da Ásia ou da África que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos” (art. 1.º). Essa política de branqueamento (que, entre 1888 e 1930, trouxe cerca de 3,7 milhões ao Brasil) dificultou a entrada dos negros no mercado de trabalho livre (HASENBALG, 2005, p. 166 e 169).

Nina Rodrigues, na Bahia, advogava que houvesse códigos penais diferentes, de acordo com a raça de cada indivíduo(n/c, p. 76). O pensamento nacionalista autoritário, que se manifestaria, nas décadas de 1920 e 1930, pelas penas de Francisco José Torres de **Oliveira Viana** (1883-1951), de Antonio José do **Azevedo Amaral** (1881-1942) e de **Francisco Campos** (1891-1968), teria um traço comum quanto ao papel atribuído à questão racial; defendia-se abertamente a intensificação do branqueamento: tinha-se que aumentar ao máximo o influxo de sangue branco, contando com a contribuição de imigrantes europeus (FAUSTO, O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940), 2001a, pp. 38-39).²⁵⁹

²⁵⁸ Não é à toa, por isso, que, na definição do que seja inimigo, **Jakobs** fale em indivíduos cujo comportamento pessoal não provê segurança cognitiva, e por isso, são tratados como “fontes de perigo”, e não como seres humanos.

²⁵⁹ A circunstância de o país ser majoritariamente formado por pretos e pardos impedia a defesa da separação das raças: “os pensadores brasileiros, mesmos quando influenciados pelas ideias de Gobineau, Ratzel, Agassiz e outros, não podia defender pura e simplesmente a separação de raças e a superioridade da raça branca” (FAUSTO, O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940), 2001a, p. 38). Mas os nacionalistas defendiam, invariavelmente, a supremacia branca: **Oliveira Viana**, em seu livro “Populações meridionais do Brasil” (1920), mostra-se um defensor da necessidade de arianizar o Brasil e, em seu “Raça e assimilação” (1932) procura fixar critérios científicos demonstrativos da pureza da raça ariana (FAUSTO, O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940), 2001a, pp. 41-2). Por sua vez, **Azevedo Amaral**, em seu “O Estado autoritário e a realidade nacional” (1938), considerava os mestiços o seu alvo principal, eis

Concomitantemente à política de branqueamento (que constituía clara demonstração da crença na superioridade dos brancos), já nas primeiras décadas do século XX inicia-se, paradoxalmente, um discurso de que o Brasil seria uma democracia racial. Essa tese era sustentada principalmente por comparação com os Estados Unidos da América, onde, principalmente no sul, havia práticas abertas de separação de negros e brancos. **Gilberto Freyre** teria sido, na década de 1930, um dos grandes divulgadores dessa democracia racial, conclusão a chegou a partir de comparação com a situação dos negros nos EUA.

Com a fim da Segunda Guerra Mundial, e a revelação dos horrores praticados pelos nazistas, diversos diplomas, nos contextos nacional e internacional, passam a proscriver preconceitos de raça. Tal fato não deixa de ser uma admissão da existência desses preconceitos. A Constituição de 1946 preceitua que “não será tolerada propaganda” [...] “de preconceitos de raça” (art. 141, § 5.º). Em 3 de julho de 1951, é editada, no Brasil, a primeira lei contra a discriminação racial, conhecida como Lei Afonso Arinos; a edição desta lei não deixa de constituir uma admissão do preconceito de cor no Brasil.

Florestan Fernandes foi um dos primeiros, na década de 1950, a criticar essa tese da democracia racial no Brasil, que, na sua visão, é um mito cruel (2007 [1972], p. 47): “tomou-se a miscigenação como índice de integração social e como sintoma, ao mesmo tempo, de fusão e de igualdade raciais”, acrescentando que a miscigenação só produz democracia racial se ela não está associada a alguma espécie de estratificação racial, mas, no Brasil, há, sim, tal associação (2007 [1972], p. 44). O mito da democracia racial servia — e serve — para afirmar a igualdade entre negro e branco e que, se o negro não conseguiu se igualar ao branco, o problema era dele — e não do branco (2007 [1972], p. 46). **Florestan** mostrava, ainda, que a comparação com os EUA é indevida, pois há vários tipos de preconceito racial: lá, o preconceito racial é sistemático, aqui é dissimulado e assistemático (2007 [1972], p. 60).²⁶⁰ **Lilia Schwarcz** diz que “uma das especificidades do preconceito vigente no país é seu caráter não oficial” e que “o silêncio não é sinônimo de ausência” (2010, p. 52). **Shecaira** afirma, com razão, que “o racismo à brasileira é um racismo que todos negam mas — ao mesmo

que seriam inadequados ao exercício de funções públicas (FAUSTO, O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940), 2001a, p. 44).

²⁶⁰ No mesmo sentido de que a democracia racial no Brasil é um mito: HASENBALG, 2005, p. 19, que ainda diz que “sua função, como instrumento ideológico de controle social, é legitimar a estrutura vigente de desigualdades raciais e impedir que a situação real se transforme numa questão pública”. **Hasenbalg** ainda assevera: “o Brasil distingue-se pela ausência de formas extremas e virulentas de racismo. Não obstante, em termos de dominação do branco e subordinação do negro, o Brasil trilhou caminhos não muito diferentes dos de outras sociedades multirraciais, ainda que sem recursos a altos níveis de coerção” (2005, p. 18).

tempo — todos afirmam” (2003, p. 402). O discurso racista é usado veladamente para a construção de uma subcidadania (NUNES, 2011, p. 203).²⁶¹

Hasenbalg, em 1979, observaria que negros e mestiços (pessoas de cor preta e parda, na denominação oficial do IBGE) estão expostos a desvantagens cumulativas ao longo de todas as fases do ciclo da vida, e que essas desvantagens são transmitidas de uma geração para a outra (2005, p. 28). A desigualdade se desdobra desde o berço, passando pela educação e chegando à empregabilidade (2005, pp. 185, 193 e 230). E continua **Hasenbalg**:

“A raça, como traço fenotípico historicamente elaborado, é um dos critérios mais relevantes que regulam os mecanismos de recrutamento para ocupar posições na estrutura de classes e no sistema de estratificação social. Apesar de suas diferentes formas (através do tempo e do espaço), o racismo caracteriza todas as sociedades capitalistas multirraciais contemporâneas” (2005, p. 124).

A cor da pele tem, ademais, inúmeras conseqüências no que toca à vida social²⁶² e à vida privada.²⁶³ A mobilidade social também é co-determinada pela cor da pele: “os efeitos estáticos são evidentemente mais fortes quando consideramos os negros e os mulatos” (FERNANDES, 2007 [1972], p. 94).²⁶⁴ **Florestan Fernandes** já dizia, em 1969, que

“a estrutura racial da sociedade brasileira, até agora, favorece o monopólio da riqueza, do prestígio e do poder dos brancos. A supremacia branca é uma realidade no presente, quase tanto quanto o foi no passado. A organização da sociedade impele o negro e o mulato para a pobreza, o desemprego ou o subemprego, e para o ‘trabalho de negro’.” (2007 [1972], p. 90).

Há uma identificação muito grande entre negritude e pobreza — no Brasil, a pobreza tem cor: é negra. Quando negros obtêm, por algum motivo excepcional (comumente, pela profissão de jogador de futebol ou músico popular), poder econômico, isto funciona como um contra-poder, amenizando, em alguma medida, o racismo; **Hasenbalg** diz que há um

²⁶¹ **Gevanilda Santos** lembra que “ao longo dos séculos, os brasileiros se acostumaram a expressar juízo de valor estereotipado sobre a aparência e cultura do negro brasileiro. Quem não ouviu ou se referiu a uma situação desagradável com a expressão ‘a coisa tá preta’; o cabelo afro como ‘cabelo ruim’; ‘as únicas coisas de que os negros entendem são música e esporte’, entre outras. São frases preconceituosas presentes na linguagem cotidiana da população” (2009, p. 23).

²⁶² **Hasenbalg** narra inúmeros casos de entrada impedida ou expulsão em clubes ou festas em clubes, discriminação ocupacional (demissão, não-admissão), anúncios de emprego discriminatórios, assassinatos por inspirações raciais, uso impedido de elevador social, negação de atendimento ou transferências hospitalares (2005, p. 299 e 306 a 316).

²⁶³ Há uma “tendência das pessoas de cor para escolherem parceiros de casamento mais claros que elas próprias. Dada a recompensa atribuída ao grau de branquidão, o sistema induz os não-brancos a casar com pessoas mais claras, de modo a maximizar as chances de mobilidade ascendente da sua prole” (HASENBALG, 2005, p. 249).

²⁶⁴ No mesmo sentido, **Nelson do Valle Silva**: “múltiplas desvantagens para os não-brancos: eles são menos eficientes que os brancos na conversão de investimentos escolares em posições ocupacionais melhor remuneradas e no mercado de trabalho sofrem chances menores de ter uma carreira e mobilidade, cujo resultado são recompensas econômicas menores. As vantagens obtidas numa geração não são tão bem convertidas em vantagens para o novo coorte de filhos quanto entre os brancos” (1999, p. 208).

“branqueamento social, [que] corresponde à noção popular de que ‘o dinheiro branqueia’. Essencialmente, ele ativa o mecanismo de compensação parcial de status através do qual as pessoas de cor bem sucedidas, em termos educacionais e econômicos, são percebidas e tratadas como mais claras do que as pessoas de aparência semelhante, mas de status inferior” (2005, p. 248).

Os brancos não têm propensão a reconhecer o racismo, na medida em que “a cor não é um elemento importante na percepção e na consciência racial do mundo pelo branco” (FERNANDES, 2007 [1972], p. 92). **Fernando Henrique Cardoso**, em prefácio à obra de **Hasenbalg**, lembra que políticas complementares de cooptação social e controles ideológicos sutis, que dificultam a consciência racial e a luta contra as desigualdades e as discriminações (2005, p. 13).

A Constituição de 1988 declara, em seus primeiros artigos, o “repúdio ao racismo” (art. 4.º, VIII), e torna a prática de racismo crime inafiançável, imprescritível e sujeito a pena de reclusão (art. 5.º, XLII). **Shecaira** diz que a Constituição, ao criminalizar o racismo, reconheceu sua existência e, por consequência, a existência de desigualdades raciais (2003, pp. 401-2). No ano seguinte, a lei 7.716/89 criminalizaria diversas condutas de preconceito racial; essa lei sofreria, nesses anos, diversas alterações, buscando ampliar a criminalização (leis 8.081/90, 8.882/94, 9.459/97 e 12.288/10).

Atualmente, a melhoria observada entre as décadas de 1970 e 1990 nos vários indicadores das condições de vida da população não diminuiu as distâncias relativas entre os brasileiros brancos e os brasileiros não-brancos (HASENBALG, 2005, p. 28). **Márcia Lima** diz que “a população branca continua a apresentar percentuais muito mais elevados do que as populações preta e parda nas faixas educacionais que implicam maior grau de instrução” (1999, p. 233), e que, em termos de rendimento e de índice de trabalho formalizado, as desigualdades raciais também permanecem (1999, pp. 238-9).

Shecaira, em trabalho recente, cita alguns dados: **(i)** há 2,5 vezes mais analfabetos negros do que analfabetos brancos; **(ii)** o rendimento médio de um branco é, em média, duas vezes maior do que o de um negro; **(iii)** só um por cento dos estudantes da USP são negros, o que leva a que pretos e pardos sejam subrepresentados na USP em quase 5 vezes (2003, pp. 403-4), concluindo que: “quanto à questão racial somos, no mínimo, um país muito injusto” (2003, p. 405). E **Sueli Carneiro** cita estudo do economista **Marcelo Paixão**, que mostra que o IDH dos brancos brasileiros é infinitamente superior ao dos negros (2011, p. 57).

Isto mostra que a luta pela diminuição das desigualdades raciais está ainda em aberto. A recente edição do Estatuto da Igualdade Racial, pela lei 12.288/2010, mostra, como diz **Lilia Schwarcz**, que, “no que se refere ao tema racial, estamos bem longe de um ‘E viveram felizes para sempre’” (2010, p. 11), até por que, como afirma **Sergio Adorno**, “no Brasil, de modo geral, no cômputo geral, a sociedade é profundamente tolerante às manifestações de discriminação racial” (1996, p. 259).²⁶⁵

4.2.1. Articulações do autoritarismo com o direito no Brasil contemporâneo

Qualquer que seja a acepção em que se empregue o conceito de direito, há sempre um momento de manifestação de poder (cf. item 1.4, supra). Presume-se, ao menos no plano ideativo, que o direito seja uma manifestação de um poder legítimo; ou seja, o direito é, em qualquer de suas acepções ou suas manifestações (lei, ato judicial, prática, discurso jurídico), uma manifestação de um poder que se presume, se pretende ou se disfarça de autoridade. No Brasil contemporâneo, as modalidades de autoritarismo acima descritas frequentemente se articulam com o direito, especialmente com o direito penal (pois os mais importantes conflitos de poder frequentemente têm repercussão penal, e é nesse âmbito que se abrem as possibilidades para que o poder estatal e o poder social se expressem de modo mais pungente).

O autoritarismo psicológico-social tem livre curso em nossa sociedade contemporânea e, frequentemente, se expressa, ou pode facilmente se expressar, em todas as agências do sistema penal e por todas as suas modalidades de manifestação: nas leis penais, nas práticas do poder punitivo, nas decisões judiciais e nos discursos sobre a questão criminal. De outro lado, a condição inerentemente velada do autoritarismo raciala acompanha nas suas articulações com o sistema penal: o autoritarismo racial não se expressa e não pode ser expressar tão explicitamente.

Quanto à primeira modalidade de autoritarismo, verifica-se, hoje, no sistema penal, uma clara tendência para uma fuga à segurança, em detrimento da liberdade. O afastamento eficiente de perigos e de riscos está se transformando no eixo central das preocupações de muitos daqueles que pensam e atuam sobre questões que tocam o direito, desbancando outros valores como garantia da justiça e da liberdade. As palavras-chave, hoje em dia, são

²⁶⁵ Sobre as conseqüências do racismo no plano psicológico-individual, vide **Jurandir Freire Costa** (2003, p. 135ss).

“segurança” e “eficiência”, num sinistro conúbio entre as pretensões de **Luhmann** (direito como fator de segurança) e de **Posner** (direito como fato de eficiência), cf. item 1.1.2, supra.

Em todo o mundo ocidental, e evidentemente também no Brasil, o autoritarismo psicológico-social, insuflado pelo medo, tem tido grande influência na conformação da legislação penal e no exercício do poder punitivo. **Amelung**, em artigo do início anos 1980, já dizia que o “primeiro fator real, que pode autar contra uma política criminal racional, resulta da chamada ‘psicologia da sociedade punitiva’”, e um dos fatores mais importantes para influenciar isto é precisamente o medo, que se caracteriza por ser

“o impulso de evitação, que é liberado por uma ameaça que o indivíduo não consegue reconduzir a uma causa específica e que resulta em atividades que se dirigem antes ao afastamento do sentimento de medo do que ao afastamento das fontes de perigo e são, assim, irracionais”(1980, pp. 47-8).

Anitua e Bergalli, comentando a situação da Espanha, dizem que a burguesia lá está assustada tal como estava a burguesia alemã pré-nazismo, e é facilmente

“seduzida pelos cantos da sereia da segurança urbana (é, nesse caso, uma sirene de viatura policial). Desta forma se utilizam os medos para potencializar um maquinário violento que pode, como fez no passado, arrasar os conteúdos mínimos de um Estado de Direito e os efetivos valores da democracia” (2003, p. 287).

Como bem diz **Pastana**, “nesse novo cenário caracterizado pela cultura do medo, todo ato autoritário associado à segurança pública passa a ver visto como circunstancial e necessário”; i.e, “o preço de sua segurança é a arbitrariedade e o autoritarismo” (2007, p. 314). A insegurança estruturalmente causada pelas incertezas do modelo econômico capitalista neoliberal excludente é um combustível inesgotável a serviço do progressivo incremento do sistema penal, pela expansão das criminalizações primária e secundária, e pelo exercício maciço do poder de vigilância. **Habermas** ensina que

“toda ordem política que, através de desconfiança, isola seus cidadãos um do outro, e que corta a troca pública de opiniões, degenera para um governo baseado na violência. Isto destrói as únicas estruturas comunicativas nas quais o poder pode se originar. O medo elevado ao terror força cada um a se fechar frente a todos os outros” (1986, p. 80).

Inúmeros estudos mostram que as classes desfavorecidas, que, aliás, se justapõem aos estereótipos marginalizados, deixam de ser assistidas por **políticas sociais e passam a ser**

objeto de controle penal.²⁶⁶ Surge, como fala **Wacquant**, um “Estado penal”, que recorre maciçamente à prisão para lidar com as crescentes massas de famílias deserdadas (2007, p. 113ss). **Vera Batista** lembra que o medo é a porta de entrada para políticas genocidas de controle social e que, no Brasil, a difusão do medo tem sempre servido para detonar estratégias de exclusão e disciplinamento planejado das massas empobrecidas (2000, p. 188); e, em outro trabalho, mostra os alvos: “o medo e a memória do medo justificam políticas autoritárias de controle social”; e conclui:

“é como se a memória do medo, milimetricamente trabalhada, construísse uma arquitetura penal genocida, cuja clientela-alvo fosse se metamorfoseando infinitamente entre índios, pretos, pobres e insurgentes. É como se torturadores estivessem sempre a postos, prontos para entrar em cena e limpar o jardim” (2000a, p. 83). “O medo corroi a alma e nos fascista” (2010a, p. 29). O medo também tem um efeito paralisante, pois desvia o foco do questionamento da violência estrutural de uma sociedade tão desigual e leva à proclamação “por mais pena, mais dureza e menos garantias no combate ao que ameaça”; o resultado é uma neutralização das reivindicações das forças populares (2005a, p. 370)

A criminalização primária é o primeiro âmbito em que o anseio por segurança se manifesta, de várias maneiras: **(i)** pela profusão de tipos penais em cada vez mais âmbitos da vida social, e cada vez antes, e **(ii)** pelo aumento das escalas penais (sobre este ponto, vide item 4.5.1, infra); no âmbito processual penal, a segurança e a eficiência exigem, de um lado, que as leis ampliem enormemente das possibilidades de vigilância sobre os indivíduos franqueadas às agências do sistema penal (quebras de sigilo, interceptação telefônica, interceptação ambiental, buscas e apreensões, realização de Blitze, aumento do emprego de prisões cautelares e de outras medidas cautelares pessoais, ampliação de penas alternativas, etc.), e, de outro, reduzam os ritos e os recursos processuais para que haja uma rápida decisão definitiva.

No que toca à criminalização secundária, os anseios por “segurança” e “eficiência” conduzem, em primeiro lugar, a um aumento impressionante do recurso à pena de prisão e a um prolongamento do tempo de efetivo cumprimento de pena, e, em segundo lugar, a uma intensificação prática do emprego efetivo das citadas possibilidades de vigilância, sobre os indivíduos, franqueadas às agências do sistema penal (item 4.5.2, infra). Como bem diz **Pastana**, “o campo jurídico passa a associar a eficiência à repressão. A legitimidade, portanto, está na atuação autoritária” (2007, p. 320). A legislação penal e o poder punitivo são vistos como a **panacéia** de todos os males sociais. Crê-se que o controle penal é a “tábua de

²⁶⁶(PASTANA, Os contornos do Estado punitivo no Brasil, 2007, p. 315)

salvação” da sociedade. O direito penal passa, assim, a ser a *prima ratio*, e não a *ultima ratio*. E essa criminalização secundária, impulsionada pelo autoritarismo psicológico-social se faz de modo altamente desigual, altamente seletivo; por isso, **Anthony Pereira**, cientista político, chega a dizer: “Não há [no Brasil] Estado de Direito. Isso por causa de desigualdades extremas em termos de tratamento das pessoas dentro da lei. É uma espécie de autoritarismo social, não somente em termos de sistema político” (2010, p. A9)

O autoritarismo psicológico-social, induzido pelo medo, é também altamente nocivo para os discursos sobre a questão criminal. Como bem diz **Habermas**, o medo cria estruturas de comunicação distorcidas (1986, p. 79). As agências de comunicação social, p.ex., são muito mais motivadas, hoje em dia, a realizar discursos que critiquem a insegurança e/ou a ineficiência (na sua concepção!) de algum aspecto do sistema penal (do que criticar sacrifícios da liberdade ou da justiça [como valor]), e a clamar por instrumentos que aumentem a segurança e/ou a eficiência (também na sua concepção!) desse sistema. Como bem diz **Pavarini**, “o delito saiu dos restritos espaços da crônica negra e conquistou, com prepotência, a primeira página do cotidiano. É razoável pensar que a orquestrada campanha de alarma social persiga o escopo de utilizar politicamente novas formas de consenso de massa” (1980, p. 6).

A doutrina e a jurisprudência (principalmente esta) procuram responder a estes anseios de “segurança” e de “eficiência”, flexibilizando os princípios penais de garantia do indivíduo (como o princípio da legalidade), remoldando, com menor densidade, o conceito de bem jurídico, racionalizando as propostas de antecipação e de subjetivação da punição, dando maior importância à periculosidade real ou suposta do agente do que à culpabilidade, aumentando as responsabilidades por omissão, etc, como se verá nos itens 4.7.3.1 a 4.7.3.7.

Quanto ao **preconceito de cor** (segunda modalidade de autoritarismo, no caso, latente), as manifestações, no campo do direito em geral (e do direito penal, em particular) não são explícitas (nem podem ser, pois configurariam crime). Assim, muito diferentemente do que ocorria na Alemanha nazista quanto aos judeus, não há, no Brasil atual, teorias jurídico-penais que abertamente advoguem a inferioridade dos negros e pardos, nem há, no campo da criminalização primária, crimes próprios que só possam ser praticados por negros e pardos ou que alberguem claramente manifestações preconceituosas de cor.

Na medida em que, no Brasil, o preconceito de cor é velado, a constatação de que o sistema penal brasileiro contemporâneo tem traços racistas depende do exame acurado de sua operacionalidade prática, de sua realidade concreta. Muitos autores denunciam essa

desigualdade: **Lilia Schwarcz**, p.ex., adverte que “não há na sociedade brasileira, sobretudo com relação à população negra, uma distribuição equitativa e equânime dos direitos” (2010, p. 56). Em uma observação cuidadosa (dependente do exame de dados estatísticos e de pesquisas de campo, já realizadas em diversos estudos que serão, a seu tempo, abordados), pode-se divisar que é razoável dizer que, no Brasil, os negros e os pardos são muito mais vulneráveis do que os brancos a serem atingidos por qualquer das esferas de poder do sistema penal.

Como se verá à frente, os negros e os pardos são muito mais propensos a serem atingidos pelo sistema penal subterrâneo (principalmente no que toca a execuções sumárias e a torturas, cf. item 4.3, *infra*), a seletividade do sistema penal tem, como uma de suas importantes variantes, o preconceito de cor (que determina que eles sejam mais criminalizados no plano secundário e que eles recebam penas mais duras, cf. itens 4.4., *infra*), e que eles estejam submetidos, mais duramente, ao poder de vigilância que o sistema penal proporciona (cf. item 4.5.2, *infra*).

Ambas as modalidades de autoritarismo também se tocam em sua atuação no âmbito do sistema penal. Vários estudos mostram que o medo que provoca o autoritarismo psicológico-social trabalha com mecanismos idênticos àqueles que trabalham na construção de percepções de inferioridade, do menor valor e do perigo de certos grupos. **Sergio Adorno**, em recente pesquisa sobre discriminação racial no acesso à justiça, asseverava:

“quero começar dizendo o que é público e notório, nas últimas duas décadas, [há] uma certa exacerbação do sentimento de medo e insegurança diante do crime”; assim, “vai sendo construído um imaginário da insegurança e do medo — que aliás não é só brasileiro, é um fenômeno mais geral, também muito presente em outras sociedades”, sendo que ele “vem colado com a construção de certos perfis de quem são os sujeitos potencialmente perigosos e agressores da ordem pública”, o que leva a construir “uma espécie de biologia do criminoso em potencial” (1996, pp. 263-264).

Adiante, abordarei as manifestações estruturais de autoritarismo no sistema penal brasileiro contemporâneo, em seu sistema penal subterrâneo (item 4.3) e na sua seletividade (item 4.4), e algumas manifestações específicas e conjunturais, consistentes na expansão da legislação penal (item 4.5.1), na sociedade de controle e no grande encarceramento (item 4.5.2), e na realidade prática da prisão preventiva (item 4.5.3). Ao examinar estas manifestações estruturais e conjunturais, bem como suas causas, parece que podemos chegar às idéias-chave do sistema penal brasileiro contemporâneo (item 4.6). Posteriormente,

abordarei de que maneira o autoritarismo se articula com os discursos criminológico e jurídico-penal (item 4.7, e sub-itens).

4.3. Autoritarismo e sistema penal subterrâneo brasileiro

O sistema penal subterrâneo, que é a expressão mais simples do primeiro e mais evidente contexto de autoritarismo (como abuso de autoridade), é de uma terrível e vergonhosa pujança no Brasil contemporâneo. É claro que o sistema penal subterrâneo, originariamente autoritário, está também impregnado, no Brasil, pelo autoritarismo psicológico-social (que, de um lado, o impulsiona e, de outro, o oculta) e pelo autoritarismo do preconceito de cor (que, aqui, é claramente uma vertente de atuação).

O sistema penal subterrâneo brasileiro se expressa principalmente por execuções sumárias e extorsões realizadas por policiais em serviço ou fora dele (no último caso, muitas vezes como integrantes de milícias), por torturas a presos e a investigados, e por corrupção passiva de agentes do sistema penal. A alta letalidade da ação policial no Brasil contemporâneo mostra como, no dizer de **Vera Malaguti Batista**, “a ideologia do extermínio é, hoje, muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura”; “devemos encarar o fato de que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar” (2010a, p. 29). A tortura e corrupção passiva policial, por sua vez, ainda são uma triste realidade do sistema penal brasileiro, escondidas pelas inúmeras dificuldades de descoberta e de apuração séria.

No que toca à alta letalidade da ação policial, abundantes são as evidências da ilegalidade de muitas mortes praticadas por policiais em serviço, ou fora dele. Embora muitos casos de “autos de resistência”²⁶⁷ (no caso de policiais em serviço) possam realmente constituir casos típicos de resistência a força legítima da polícia (pois a polícia frequentemente encara reais ameaças de violência por parte de membros de quadrilhas), muitos outros casos claramente não o são. Vários estudos²⁶⁸ que, ao longo do tempo, estudaram essas execuções sumárias, apontam aspectos podem indicar a ilegalidade de muitas das mortes registradas em “autos de resistência”.

²⁶⁷ É uma prática-padrão classificar desde o início, nos registros da Polícia Civil, os casos de mortes praticadas por policial como “autos de resistência” (no Rio) ou “resistência seguida de morte” (em São Paulo). Este registro induz a que se conclua que a morte resultou do uso de violência necessária e proporcional, sendo, portanto, lícita.

²⁶⁸ Alguns desses estudos são escritos por **Sergio de Souza Verani** (Assassinatos em nome da lei, 1996); **Ignacio Cano** e **José Carlos Fragoso** (Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar, 2000) e **Felipe Mello da Silva Brito** (Acumulação (democrática) de escombros (Tese de doutorado), 2010).

Ignacio Cano e **José Carlos Fragoso**, estudando “todos os episódios de intervenções policiais que resultaram em mortes ou ferimentos de civis por arma de fogo entre janeiro de 1993 e julho de 1996 no município do Rio de Janeiro”, afirmam que “a polícia mata na cidade do Rio um numero aproximadamente igual ao de todas as forças policiais dos Estados Unidos juntas” (2000, p. 208). Diversos indicadores mostram um uso excessivo da força: **(i)** o número de opositores mortos em supostos confrontos é dez vezes superior ao número de policiais mortos; **(ii)** a polícia causa muito mais vítimas letais do que feridos, revelando uma intenção expressa de matar, em vez de imobilizar ou prender os oponentes; **(iii)** na maioria dos casos, os mortos são levados ao hospital pela polícia, impedindo a realização de perícia de local; **(iv)** em muitos casos, não são apreendidas armas com os mortos; **(v)** não foi encontrada nenhuma perícia de resíduos de pólvora nas mãos das vítimas; **(vi)** a informação médico-forense, analisada pelo prof. **Nelson Massini**, titular da UERJ, mostrava fortes indícios de execução sumária, tais como tiros pelas costas, na cabeça, e características de tiros à queima-roupa (2000, pp. 208-9).²⁶⁹ Com a entrada em vigor da política de premiações e promoções por bravura, implementada pelo governo **Marcello Alencar**, o número de mortos decorrentes das intervenções policiais dobrou, passando de 16 para 32 por mês (2000, p. 208).

Na mesma pesquisa, **Cano** e **Fragoso** analisaram os inquéritos policiais decorrentes desses autos de resistência, verificando que: **(i)** do total de 301 inquéritos encontrados, 298 (98%) foram arquivados sem que o promotor chegasse a oferecer denúncia, normalmente sob o argumento de legítima defesa (2000, p. 230); **(ii)** os seis inquéritos que se transformaram em ações penais não tratam necessariamente dos casos mais graves, apenas um apresenta disparo à queima-roupa e nenhum deles ocorreu em favelas, apesar do fato de que a polícia produz mais mortes nas ações nos morros da cidade; **(iii)** em todas as seis ações penais, o promotor pediu, ao final, a absolvição dos policiais, por fragilidade probatória. Em suma, em todos os casos considerados na pesquisa, não se encontrou nenhum caso de policial militar condenado por morte ou ferimento a civil, “nem sequer quando existiam fortes indícios de execução

²⁶⁹ As informações são as seguintes: “Um total de 46,5% dos cadáveres apresentavam quatro ou mais orifícios de entrada de bala, com uma média global de 4,26 perfurações por cadáver, sendo que um ou dois impactos são em geral suficientes para imobilizar uma pessoa. Os disparos atingiam majoritariamente áreas vitais: 61,5% dos mortos apresentavam aos menos um disparo na cabeça. Por outra parte, 65% das vítimas mortais tinham recebido pelo menos um disparo pelas costas, revelando que muitos deles estariam fugindo em vez de confrontando a polícia. O sinal mais claro de execução são os disparos a curta distância. Encontram-se registros de 40 cadáveres com perfurações cujas bordas mostravam esfumaçamento, tatuagem ou queimadura, ou seja, foram produto de disparos efetuados à queima-roupa. Por último, 222 vítimas mortais (32% do total) apresentavam lesões não relacionadas com os projéteis de arma de fogo. Segundo avaliação do professor Massini, mesmo que isto possa ocorrer em algum episódio de confronto, o alto número de casos com este tipo de lesões revela que algumas das vítimas deveriam estar dominadas antes de serem executadas” (CANO & FRAGOSO, 2000, p. 209)

como disparos à queima-roupa” (2000, p. 231). Diante dessa realidade, o delegado **Orlando Zaccone**, com razão, asseverou: “quem mata é a polícia, mas quem enterra é o Judiciário” (apud BRITO, 2010, p. 22)

Recentíssimos relatórios da **Human Rights Watch** (Lethal Force: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo, 2009) e do **Conselho de Direitos Humanos da ONU** (este último, produzido por **Philip G. Alston**) (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (addendum): follow-up to country recommendations - Brazil, 2010) abordam extensivamente a letalidade da ação policial no Brasil, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo.

A **Human Rights Watch** indica que as polícias do Rio e de São Paulo mataram, desde 2003, mais de 11.000 pessoas, sempre registradas como “autos de resistência” (no Rio) ou “resistência seguida de morte” (em São Paulo), e que “uma porção substancial das alegadas mortes por resistência relatadas em ambos os estados era, de fato, de execuções extrajudiciais” (2009, p. 1). **Alston** diz que “os números de assassinatos pela polícia continua em níveis inaceitavelmente elevados. Policiais são responsáveis por assassinatos ilegais de suspeitos de crimes e outros, pelo uso de força excessiva ou assassinatos em operações policiais mal concebidas ou contraproducentes”, frisando que “milícias e esquadrões da morte continuam a operar com a participação de membros atuais e antigos da polícia, e às vezes com ligações com altos oficiais e políticos” (2010, p. 2).²⁷⁰

Felipe Mello da Silva Brito, em recente tese de doutorado apresentada à Escola de Serviço Social da UFRJ, mostra o “extermínio em nome da lei” chega a números de países oficialmente em guerra civil (2010, p. 21). O pesquisador cita dados impressionantes: **(i)** entre 2009 e início de 2009, houve, no Rio de Janeiro, 9.179 óbitos registrados como autos de resistência, o que equivale a uma média de 2,67 mortes por dia; **(ii)** a quantidade de autos de resistência aumentou muito, enquanto que os autos de flagrante diminuíram muito — o que mostraria uma crescente tendência a matar em vez de prender; **(iii)** citando outro estudo de Ignacio Cano, afirma que há 41 opositores mortos para cada policial vitimado em confronto (2010, pp. 22-3).

O sistema penal subterrâneo se caracteriza, ainda, pela prática de corrupção passiva, concussão e extorsão por parte dos agentes do sistema penal. Tem-se, aqui, outro exemplo

²⁷⁰ **Alston** critica, com razão, a adoção dos “autos de resistência”, por limitar as investigações quanto às mortes causadas por policiais, sugerindo que os registros sejam iguais a qualquer outra morte e que sejam extensamente investigados (2010, p. 6).

claro de autoritarismo, por abuso de autoridade, no sistema penal brasileiro contemporâneo. À guisa de ilustração, basta analisar — embora pudessem ser dados inúmeros outros exemplos — o relatório feito pela **International Human Rights Clinic**, vinculada à Universidade Harvard, e pela ONG **Justiça Global**, sobre os ataques realizados pelo Primeiro Comando da Capital — PCC, em maio de 2006 na capital paulista (São Paulo sob ataque: corrupção, crime organizado e violência institucional em maio de 2006, 2011).²⁷¹ Esse relatório mostra, com clareza, que o PCC atingiu o poder a partir de largos esquemas de corrupção de policiais e que a causa primária dos ataques foram ataques praticados por policiais civis aos familiares de líderes do PCC (2011, p. 6). O relatório ainda mostra que as mortes causadas por policiais (que chegaram a mais de uma centena) durante e após os ataques do PCC, e as denúncias de corrupção e extorsão simplesmente não foram seriamente investigadas (2011, p. 7). O relatório conclui que os ataques foram “em grande parte uma manifestação de conflitos entre o crime organizado dentro e fora do Estado” (2011, p. 1), e que os esquemas de corrupção que sustentam o PCC continuam até hoje (2011, p. 3).

O uso exacerbado de violência, pelos agentes do sistema penal contra os presos e contra os investigados, também é uma realidade altamente autoritária do sistema penal subterrâneo brasileiro. A chacina da Casa de Detenção do Carandiru, ocorrida em outubro de 1992, e na qual morreram mais de 100 presos, é um exemplo claríssimo. Os inúmeros casos de tortura praticada pelas polícias civis dos Estados constituem, também, exemplos eloquentes de violência autoritária no sistema penal brasileiro; em recente caso ocorrido no interior da 10.^a Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro, no bairro de Botafogo, um funcionário de um ferro-velho, ao se negar a assinar o termo de reconhecimento dos suspeitos, foi torturado em uma sala da delegacia, levando socos e tendo as partes íntimas feridas por um alicate.

4.4. Autoritarismo e seletividade no sistema penal brasileiro

Como já assentado nos itens 2.2 e 2.2.1, supra, a seletividade por estereótipos é uma característica estrutural a qualquer sistema penal e, na medida em que o autoritarismo psicológico-social se manifesta precisamente por sua seletividade por estereótipos (cf. item 2.1.4), chega-se à conclusão de que todo e qualquer sistema penal é, em alguma medida, autoritário. Os estereótipos empregados na seleção criminalizante são precisamente os

²⁷¹ Esse relatório pode ser encontrado no site da ONG Justiça Global: <http://global.org.br/programas/sao-paulo-sob-ataque-corrupcao-crime-organizado-e-violencia-institucional-em-maio-de-2006/>

estereótipos que se encontram explícitos ou latentes nas sociedades a que seus sistemas penais servem, uma vez que todas as manifestações de poder desses sistemas (a legislação penal, os discursos em torno da questão criminal e, é claro, o poder punitivo) têm origem, direta ou indiretamente, na própria sociedade.

O autoritarismo psicológico-social típico das democracias capitalistas contemporâneas leva a que os respectivos sistemas penais atuem seletivamente sobre as massas de indivíduos que, por estereótipos, são percebidos como ameaças à segurança da ordem estabelecida. Muitos estudos mostram que os sistemas penais dos Estados Unidos da América²⁷², da Alemanha, do Reino Unido²⁷³ etc., são profundamente seletivos, abatendo-se predominantemente sobre aqueles que são estereotipicamente percebidos como fontes de perigo — não se trata, portanto, de uma exclusividade brasileira.

No Brasil, a seletividade do sistema penal é também afirmada por muitos estudiosos. O saudoso **Augusto Thompson**, em seu clássico “Quem são os criminosos?”, mostra que a seletividade do sistema penal não é, de modo algum, aleatória, indicando que “quatro fatores preponderantes” determinam a seletividade da criminalização secundária:

“a) maior visibilidade da infração; b) adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; c) incapacidade do agente quanto a beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; d) vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades” (1998, p. 60).

A menção ao “estereótipo” mostra uma das portas de entrada do autoritarismo no sistema penal; **Thompson** define o estereótipo de criminoso no Brasil: é aquele que, “pertencendo à classe inferior — o que é apurável através das indicações mais visíveis

²⁷² Inúmeros autores afirmam a seletividade do sistema penal americano. **David Garland** diz que o mass imprisonment “deixou de ser um encarceramento de infratores individuais e se torna o encarceramento sistemático de grupos inteiros da população. No caso dos EUA, o grupo é, claro, o de homens jovens negros em grandes centros urbanos”. Um entre três homens negros entre 20 e 30 anos está preso ou sob algum tipo de vigilância do sistema (GARLAND, Introduction, 2001, p. 2). **Beckett** e **Western** confirmam que a punitividade recai desproporcionalmente sobre negros e latinos (2001, p. 35). **Anitua** informa que “63 por cento dos encarcerados pertencem às minorias negras e hispanicas, que não chegam a 25 por cento da população total” (2005, p. 477).

²⁷³ No Reino Unido, **Michael Cavadino** e **James Dignan** relatam vários dados interessantes que mostram a seletividade do sistema penal britânico, no que toca a questões raciais: (i) cerca de 9% da população inglesa e galesa é de origem étnica não-branca (non-white), mas 18% dos presos de nacionalidade inglesa ou galesa são não-brancos; (ii) a mais dramática disparidade racial se refere aos negros: apenas 3% da população é negra, mas eles representam 14% da massa carcerária; (iii) está claro, a partir da pletera de estudos, que os negros são desproporcionalmente objeto de suspeita policial: de acordo com cifras oficiais, negros têm probabilidade seis vezes maior de serem parados e revistados do que brancos (asiáticos têm probabilidade duas vezes maior do que os brancos); (iv) parece claro que muitos policiais têm visões estereotipadas de negros, automaticamente colocando-os na categoria de potencialmente criminosos, “especialmente quando são vistos em áreas às quais eles não pertencem”; (v) pesquisas encontraram policiais agindo com base em estereótipos tais como: “a presunção de que indianos correndo ou carregando uma sacola fazem algo de errado”; (vi) alguns estudos mostram que réus negros são mais propensos a serem levados aos tribunais por infrações que não causaram perda, dano ou prejuízo; etc. (CAVADINO & DIGNAN, 2007, p. 349ss)

relativas à cor (preto ou mulato), aspecto físico (falhas de dentes, mãos e pés grandes, feições abrutalhadas, olhar oblíquo), baixa escolaridade (linguagem pobre, pejada de gírias), morador de favela, membro de família desorganizada ou sem família, sem emprego ou subemprego — apresenta registros policiais” (1998, pp. 67-8).²⁷⁴

Em seu Direito Penal Brasileiro, **Zaffaroni, Batista e Alagia e Slokar** também indicam os critérios e alvos da seletividade criminalizante:

“atingem apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aquele que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permitem realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção; e c) porque a etiquetagem sustia a assunção do papel correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza)” (2003, p. 47).

Referindo-se especificamente à época atual, **Nilo Batista** mostra que o sistema penal brasileiro contemporâneo tem uma “dualidade discursiva que distingue consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora)” (2003, pp. 484-5), e que as exceções à regra da seletividade “são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário” (1999, p. 26). **Denise Pastana** concorda em que a seletividade do sistema penal serve para “conter o refugio social produzido pelo recente

²⁷⁴ Algumas páginas à frente, **Thompson** ilustra a operacionalidade do estereótipo, mostrando como o mesmo roubo, praticado por jovens ricos ou jovens pobres é tratado de modo diverso por agências do sistema penal: “Dois jovens meio embriagados trafegam de carro pela avenida Copacabana. A certa altura, resolvem arrebatar bolsas de mulheres paradas nas calçadas. O que está à direção conduz o automóvel bem rente ao meio-fio, em velocidade média, e ao passar em frente a uma vítima adequada freia repentinamente, do que se aproveita o companheiro para, contando com o elemento surpresa arrancar a bolsa da espantada senhora. Segem na aventura até que, após alucinante correria, são perseguidos e presos por uma radiopatrulha. Levados à delegacia, identificam-se: um é universitário; o outro possui um belo emprego na empresa do pai; ambos pertencem à alta classe média. Em seguida, comparecem as lesadas: três da baixa classe média; a outra, empregada doméstica. A aparência, o modo de falar, a propriedade carro esporte, tudo está a convencer que os rapazes não são ‘bandidos’. Daí, os patrulheiros, o escrivão, o delegado, hesitam em proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante. Telefona-se para a casa dos detidos e se solicita a presença dos pais. Das vítimas, duas de logo admitem constituir um despautério o processamento dos jovens como ladrões, uma vez que ladrões obviamente não são. Pedem que lhes devolvam seus objetos e que sejam libertados os meninos. As duas outras, emocionadas e irritadas, recusam seguir o exemplo. Dentro em pouco, chegam à dependência policial os pais do estudante e a mãe do executivo. Pessoas finíssimas. Chamado às pressas, também compareço, na qualidade de advogado. O encontro entre pais e filhos emociona a todos, há lágrimas, beijos, admoestações, pedidos de perdão, promessas de perdão. Mais uma das lesadas se dispõe a esquecer o caso e dá-lo por encerrado. Os policiais, sobretudo o delegado, estão mais do que convencidos de representar total iniquidade a formalização do flagrante. A essa altura, todos ostentivamente (eu, os pais, os rapazes) ou veladamente (os policiais e uma das vítimas), tentam vencer a resistência da queixosa renitente. Surge então o argumento definitivo: ‘A senhora não vê que é impossível pensar que esses moços queriam realmente roubar as bolsas? São umas ninharias para os garotos, minha senhora. Foi tudo um porre maltomado, nada mais. Isso pode acontecer com qualquer um. Os pais estão prontos a indenizar senhora pelo susto e pelo aborrecimento. Vamos ter um pouco de humanidade!’ Com alguma conversa mais, para lá e para cá, acabou-se chegando a um acordo. As partes foram embora, assunto encerrado. Como eu permanecesse ainda algum tempo conversando com o delegado, vi chegar, pouco depois, dois assaltantes, presos logo após arrancarem a capanga de um homem. Um preto, o outro sarará, sem os dentes da frente. Cheiravam a álcool. Desempregados, recém-saídos do serviço militar. Levaram uns casacudos e pescocões, enquanto eram conduzidos ao cartório, para a autuação na forma da lei. Eram evidentemente ‘verdadeiros criminosos’, o que ficou ainda mais patente quando chegaram as informações a respeito dos antecedentes: um deles já tinha estado internado na Funabem.” (1998, pp. 73-4).

contexto liberal” (2007, p. 321). **Vera Batista** diz que o sistema penal brasileiro é “etnosseletivo” (2010a, p. 35).

Outros aspectos importantes da seletividade do sistema penal se vinculam ao sistema penal subterrâneo. Quanto às execuções sumárias que caracterizam o sistema penal subterrâneo, pode-se dizer que são mais propensos a sofrê-las os moradores de área pobres e de favelas (ALSTON, 2010, p. 2); é que a seleção vitimizante também se abate, com maior força, sobre os estratos mais débeis da sociedade (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, & SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro I*, 2003, p. 53ss). Tradicionalmente, a tortura policial recai também seletivamente sobre os indivíduos mais vulneráveis da sociedades; **Nepomoceno** igualmente ressalta isto: “as figuras estigmatizadas não terão seus direitos respaldados, pois a verdade é difícil de ser extraída ‘por bem’.” (2004, p. 102)

Os autores de crimes praticados no âmbito do sistema penal subterrâneo muito raramente são processados e condenados. A apuração da tortura policial e da corrupção policial enfrenta enormes obstáculos, pois dificilmente são reportadas; e, quando reportadas, essas infrações não são seriamente apuradas. O relatório “São Paulo sob ataque”, já citado, mostra que enquanto a Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa “esclareceu mais de 85% dos homicídio que investigou em que agentes públicos figuraram como vítima (12 de 14), o órgão só parcialmente elucidou a autoria de apenas 13% (4 de 34) dos homicídio com suspeita de participação de policiais)” (2011, p. 8).

Especialmente quando policiais, poucos perpetradores de execuções sumárias são processados e condenados (ALSTON, 2010, p. 2). Quanto a essas execuções sumárias (e por vezes também quanto à tortura policial), há, ainda, um fator adicional, que a **Human Rights Watch** indica com cirúrgica precisão: “no Brasil, como em muitos outros países, é uma comum má percepção de que direitos humanos e segurança pública são prioridades conflitantes. Alguns acreditam que investigar e processar abusos policiais iria enfraquecer a imposição da mão da lei, e, com isso, fortalecer gangues criminosas” (2009, p. 3). O autoritarismo psicológico-social (com suas características indicadas no item 2.1.4) influencia claramente neste imaginário embate, privilegiando a “segurança pública” em detrimento dos direitos humanos; esse estado de coisas, aliado ao fato de que são os próprios policiais que apuram os delitos dos colegas, leva a que pouco rigor presida a apuração deste tipo de delito — é uma receita para o abuso contínuo (HUMAN RIGHTS WATCH, 2009, p. 2).

A seletividade também ocorre, muitas vezes, no enquadramento jurídico-penal. Isto é muito comum em casos de tráfico de drogas e de porte de drogas, no qual a pessoa que pratica

a conduta é muitas vezes considerada, velada ou até explicitamente, para definir o enquadramento, e em crimes políticos, como mostra o enquadramento de grevistas e de integrantes do MST em crimes da lei da segurança nacional (BRITO, 2010, p. 62)

No que toca à seletividade contra negros, que deflui da permeabilidade do sistema penal brasileiro ao **preconceito de cor**, há vários estudos e pesquisas, com diversos cortes temporais desde a abolição da escravatura até o presente momento; mas a verdade é que, como afirma um dos mais recentes estudos, “no Brasil, no entanto, o debate permanece tímido, talvez por um escamoteado processo discriminatório que tem permeado a sociedade ao longo dos anos, e que começa a ser descortinado por vias dramáticas: o aparelho policial e jurídico-penal do Estado” (LIMA, TEIXEIRA, & SINHORETTO, 2003, p. 4).

Boris Fausto, ao estudar autos de processos criminais e estatísticas criminais de São Paulo das primeiras décadas do século XX, verificou que

“as informações referentes às pessoas presas entre 1904 e 1916 mostram que negros e mulatos são presos em proporção mais de duas vezes superior à parcela que representam na população global da cidade. Constituem em média 28,5% do total de presos, enquanto representariam em torno de 10% dos habitantes de São Paulo, no mesmo período” (2001, pp. 63-4), e diz que “não há dúvida de que uma discriminação avassaladora foi também responsável por estes números” (2001, p. 65).

Fausto ainda anota que o racismo ainda está presente em transcrições de depoimentos²⁷⁵ e nos relatórios de delegados, e que, embora os formulários de indiciamento não trouxessem espaço para preencher a cor da pele, os policiais, se negro ou pardo o indiciado, inseriam frequentemente, à margem, tal cor (2001, p. 67). Naquele contexto, “ser negro é um atributo negativo conferido pela natureza que só se desfaz parcial e excepcionalmente pela demonstração de características positivas: o devotamento ao trabalho, a fidelidade a algum branco protetor, a humildade, etc.” (p. 67). **Fausto** verifica que a média de processos criminais contra a população negra se mantém coerente com a média da população negra, o que, para ele, “torna patente como negros e mulatos menos do que criminosos eram ‘gente suspeita’, objeto de um controle social específico” (2001, p. 71).

²⁷⁵ Pessoas de cor são sempre referidas como “preto” ou, “num diminutivo depreciativo”, como “pretinho”, e **Boris Fausto** arremata: “a alusão depreciativa à cor aparece na boca de testemunhas que são elas próprias negras ou mulatas. Aqui é possível entrever não apenas o dedo racista de um escrevente de polícia mas algo mais grave, ou seja a interiorização do preconceito por pessoas do grupo discriminado” (FAUSTO, Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924), 2001, p. 67)

Em interessante estudo dos autos de processos criminais do 1.º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro das três primeiras décadas do século XX (Cor e criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930), 1995), **Carlos Antonio Costa Ribeiro** afirma que

“a cor preta do acusado aumenta, mais do que qualquer outra característica, a probabilidade de condenação pelo Tribunal do Júri. Há uma enorme diferença entre a probabilidade de condenação dos acusados pretos e dos pardos em relação aos acusados brancos. O acusado preto tem 31,2 pontos percentuais a mais de probabilidades ou chances de ser condenado do que o acusado branco, e o acusado pardo tem 15,8 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que o acusado branco” (1995, p. 72).

Quanto às vítimas, outra afirmação interessante: “quando a vítima era branca aumentava a probabilidade de condenação e quando a vítima era preta ou parda aumenta a probabilidade de absolvição” (1995, p. 73). Daí, **Ribeiro** conclui que há “fortes evidências para sustentar a hipótese de que havia discriminação racial nos julgamentos do Tribunal do Júri” (1995, p. 73).

Em meados da década de 1990, **Sergio Adorno** realizou, em São Paulo, pesquisa em autos de processos por alguns crimes violentos e por tráfico de drogas²⁷⁶, na qual chega às seguintes conclusões:

“a) réus negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial; b) réus negros experimentam maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruírem do direito de ampla defesa, assegurado pelas normas constitucionais vigentes; c) em decorrência, réus negros tendem a merecer tratamento penal mais rigoroso, representado pela maior probabilidade de serem punidos comparativamente aos réus brancos” (1996, p. 273).

Ele ainda afirma, com base nos dados recolhidos, que **(i)** há maior proporção de réus brancos do que de réus negros respondendo ao processo em liberdade (27% dos brancos, e 15% dos negros); **(ii)** que negros têm mais chance de serem condenados (68,8% negros, a 59,9%, brancos); e **(iii)** que a chance de condenação, em crimes de negro contra branco, é de 57,8% e, em crimes de branco contra negro, é de 42,2% (1996, pp. 273-274). Ao longo da pesquisa, duas circunstâncias interessantes que ele conta são ilustrativas do preconceito de cor: **(a)** ao entrevistar presos em São Paulo, **Adorno** percebia que, quando se tratava de um negro, o policial insistia em ficar na sala, sob o argumento de que ele era perigoso; daí, ele conclui: “constatamos, portanto, esta prática corrente de associar perigo com a cor; isto é, se é

²⁷⁶ Ele abordou, especificamente, casos de “roubos, estupros, extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas, que também é considerado crime violento pelas consequências que normalmente acarreta” (ADORNO S., 1996, p. 265). **Adorno** reconhece, todavia, os graves problemas de confiabilidade de definição de cor (1996, p. 267).

negro, é mais perigoso, se é branco, talvez não seja tão perigoso”(1996, p. 260); e (ii) na narrativa dele:

“observei uma situação até certo ponto hilariante. Observei uma certa tendência ao ‘empardecimento’ da população de indiciados e réus. Isto é, conforme a natureza do andamento e do desdobramento do processo penal, alguns tendem a enegrecer, e outros a embranquecer. Na média, tornam-se pardos”: se a situação do réu vai melhorando, ele, vai sendo classificado, no momento de interrogatórios ou sentença, com um tom de pele mais claro; se sua situação vai piorando, ocorre precisamente o contrário (1996, p. 268).

Por tudo isto, **Adorno** conclui: “tudo parece indicar que a cor é um poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça” (1996, p. 274).

Pesquisa coordenada pelo sociólogo **Ignácio Cano**, do Instituto Superior de Estudos da Religião (ISER), analisou registros de “autos de resistência” entre 1993 e 1996 no Rio de Janeiro, foi concluída em fins de 1999 e teve seu resultado publicado na edição da Folha de São Paulo de 15.05.2000, com a conclusão de que “a ação policial é discriminatória”. A pesquisa indica que foi apurado um total de 805 mortos por ação policial no Rio, desproporcionalmente distribuídos entre as cores de pele da população, como mostra a tabela abaixo(FARIA, 2000, p. C4):

Cor	Mortos	Composição da população
Pretos	29,8% (240)	8,4%
Pardos	40,4% (325)	31,6%
Branços	29,8% (240)	60%
Total	100% (805)	100%

Outros dados trazidos pela mesma pesquisa do ISER, quanto ao número de vítimas de ferimentos e homicídio em favelas, mostrariam o “viés racial” da violência policial: “entre 513 vitimas, entre 1993 e 1996, 17,8% das brancas ficaram feridas e 82,2% foram mortas. Entre os descritos como pretos e pardos, cerca de 10% ficaram feridos e 90% morreram”. Como diz **Cano**, “isso coloca abaixo o argumento de que os negros são mais atacados pela polícia porque estariam em maior número nas áreas mais propícias à violência” (FARIA, 2000, p. C4).

Em 2003, Fundação Seade realizou, com a cooperação técnica do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim, uma interessante pesquisa nos registros, entre 1991 e 1998, de crimes de roubos simples e qualificados, no estado do São Paulo. Os pesquisadores usaram os dados de todos os procedimentos por tais crimes no período indicado, entre a fase de indiciamento e a fase de execução penal. O que se verificou foi que, no decorrer das etapas, os negros foram

aumentando sua representação, enquanto os brancos foram diminuindo. Vejamos os dados da pesquisa, que trata de ambos os sexos, na tabela abaixo:

Cor (homens e mulheres)	Indiciados na investigação preliminar	Condenados	Em execução penal
Branco	55,19%	53,55%	52,39%
Negros ²⁷⁷	43,52%	45,29%	46,74%
Outras ²⁷⁸	0,51%	0,48%	0,43%
Não informado	0,79%	0,68%	0,44%

Este aumento de representação ocorreu quanto a ambos os sexos de cada cor, mas se verificou de maneira ainda mais pronunciada quando se tratava de acusadas mulheres, como mostra a tabela abaixo, que trata apenas as estatísticas criminais relativas a elas:

Cor (apenas mulheres)	Indiciadas na investigação preliminar	Condenadas	Em execução penal
Branca	55,95%	51,67%	49,46%
Negras ²⁷⁹	42,28%	47,15%	49,77%
Outras ²⁸⁰	0,37%	0,29%	0,38%
Não informado	1,39%	0,88%	0,38%

Como afirmam os pesquisadores, “no decorrer das etapas, os negros vão aumentando sua representação em relação aos brancos no sistema, realidade que vai se desenhando de maneira inversa no caso destes últimos” (SOARES, et al., 2003, p. 3). Ou seja, os negros vão sendo mais condenados, enquanto que os brancos vão sendo mais absolvidos — o que altera a relação percentual entre eles. Os pesquisadores ainda trazem outros dados interessantes: **(i)** mostram que, quanto aos negros, a porcentagem de indiciamentos por flagrante (e não por portaria) é bem maior do que a dos brancos (o que indica que os negros são mais vigiados como foco de perigo e, por isso, mais detidos); e **(ii)** os inquéritos policiais e as ações penais contra negros costumam ser mais rápidos, o que é “indicativo de maior incidência de prisão processual” (LIMA, TEIXEIRA, & SINHORETTO, 2003, p. 4). Isto leva os pesquisadores a

²⁷⁷ Entre “negros”, estão aqueles classificados em “pretos” e “pardos”

²⁷⁸ Entre “outros”, estão “amarelos” e “vermelhos”.

²⁷⁹ Entre “negros”, estão aqueles classificados em “pretos” e “pardos”

²⁸⁰ Entre “outros”, estão “amarelos” e “vermelhos”.

afirmar que “réus negros, especialmente mulheres negras, são mais punidos pelo sistema de justiça criminal de São Paulo nos crimes de roubo” (SOARES, et al., 2003, p. 1).

Sergio Shecaira, em trabalho específico sobre o racismo, também afirma que

“a taxa de encarceramento por grupo racial em São Paulo é de 76,8 por 100 mil habitantes para brancos e de 140 para 100 mil para os pardos, elevando-se para 421 para 100 mil para os negros. Isso significa que um negro tem 5,4 [vezes] mais chances de estar na prisão que um branco”(2003, p. 404).

E mais, em seu estudo, o catedrático de São Paulo afirma que brancos, negros e pardos têm penas diferenciadas conforme os delitos praticados: “quanto ao homicídio, as penas em média dos brancos era de 20,1 anos. Para os pardos esse índice se projeta para 25,0 anos e para os negros era de 35,0 anos. Além disso, os brancos tinham menos condenações do que os negros (1,4 condenações contra 1,8)”(2003, p. 405).

Silvia Ramos e Leonarda Musumeci produziram importante pesquisa quanto aos critérios que presidem a abordagem policial na cidade do Rio de Janeiro, em que mostram que as definições de “elemento suspeito” tendem a coincidir com estereótipos negativos relacionados a diversos fatores, inclusive classe social, raça/cor e local de moradia (2005, p. 39), e que as condutas na própria abordagem são bastante diversas, a depender da cor da pele e do estrato social da pessoa abordada(2005, p. 81ss). Recentemente, **Isis Aparecida Conceição** apresentou trabalho sobre racismo e penas alternativas, sustentando que há uma propensão maior a que negros e pardos sejam condenados a penas de prisão (em vez de penas alternativas); ou seja, a cor da pele influenciaria — subrepticamente — na concessão, ou não, de substituição por pena restritiva de direitos (2010, p. 122).

Todos esses estudos mostram tristemente que tem razão **Marcelo Yuka** ao afirmar que “todo camburão tem um pouco de navio negroiro”.

4.5. Algumas manifestações específicas de autoritarismo punitivo brasileiro

Para além de um desenvolvido sistema penal subterrâneo, com alta letalidade e tortura policial, e de uma alta seletividade na atuação das agências do sistema penal, o autoritarismo punitivo no Brasil contemporâneo, calcado no medo-pânico decorrente dos atuais persistentes fatores de insegurança social e em parâmetros de racismo e de patrimonialismo latentes em nosso país, se manifesta de outras maneiras. Algumas delas serão aqui abordadas:

(i) primeiramente, verifica-se persistente tendência, principalmente após a retomada da democratização do país, a uma acelerada expansão da legislação penal, com a edição frenética de dezenas de leis penais, para ampliar de modalidades típicas e aumentar penas em crimes já existentes e criminalizar âmbitos novos da vida social. Notam-se, ademais, nessa expansão, uma tendência à confusão entre o direito penal e o direito administrativo e uma frequente eleição da “ordem” como parâmetro criminalizador (e, por isso, se torna chave interpretativa). O item 4.5.1 cuida deste aspecto e buscará mostrar porque este ponto propicia autoritarismo;

(ii) a propensão à fuga para a segurança tem conduzido a uma crescente tendência ao uso do poder, inclusive e, pela ausência de outras instâncias estatais, até principalmente punitivo, para atingir tal segurança e a redução da complexidade social, na linha da função que **Niklas Luhmann** atribui ao direito. O poder punitivo, imbuído da busca de segurança, se manifesta também em termos de exacerbação da vigilância (levando a uma sociedade de controle) e da punição (levando ao chamado “grande encarceramento”). O item 4.5.2 trata deste ponto e buscará demonstrar porque há aqui uma clara manifestação de autoritarismo; e

(iii) por fim, encontram-se disseminadas, pelo sistema penal brasileiro contemporâneo, diversas outras manifestações de autoritarismo. Neste terceiro ponto, buscar-se-á demonstrar o autoritarismo implícito (ou até explícito) na prisão processual no Brasil atual, cf. item 4.5.3.

4.5.1. Legislação penal brasileira: expansão e administrativização

A legislação penal brasileira sempre tendeu à expansão, que, portanto, não é novidade surgida a partir de fins de década de 1980. Entre a edição do Código Penal (fins do ano de 1940) e o fim da ditadura militar (março de 1985, foram editadas dezenas de leis (aqui, indicam-se 91 leis, decretos-lei e decretos), que alteraram o Código Penal e que constituíram larga legislação penal extravagante.²⁸¹ Desde o fim da ditadura militar, esta expansão

²⁸¹ O **decreto-lei 3.240/41** instituiu o seqüestro de bens de pessoas indiciadas por crimes contra a Fazenda Nacional; o **decreto-lei 3.415/41** permitiu a prisão administrativa de acusados de crimes contra a Fazenda Nacional; o **decreto-lei 3.688/41** instituiu a Lei de Contravenções Penais; o **decreto-lei 3.914/41** estabelece a Lei de introdução do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais. o **decreto-lei 4.124/42**, no contexto da adesão do Brasil à 2.ª Guerra Mundial, criou crimes de deserção (com pena de até 2 anos) e de engajamento em exército estrangeiro (com pena de até 3 anos) (art. 1.º); o **decreto-lei 4.865/42** proibiu o sursis para estrangeiros que temporariamente se encontrem no território nacional (art. 1.º), revogando-se o benefício, se já concedido (art. 2.º); o **decreto-lei 5.214/43** permitiu a concessão de livramento condicional para crimes cometidos antes da vigência do CP de 1940; o **decreto-lei 6.259/44** criou contravenções relativas a loterias não autorizadas (arts. 45 a 56), a jogo do bicho (art. 58), e a jogo sobre corridas de cavalos ou sobre quaisquer outras competições esportivas (art. 60); o **decreto-lei 6.916/44** insere, no art. 46 LCP, a modalidade típica de “usar, indevidamente, de sinal, distintivo ou denominação cujo emprêgo seja regulado por lei”; o **decreto-lei 7.661/45** criou os

crimes falimentares (art. 186 a 191, com penas máximas de 3 ou 4 anos); o **decreto-lei 7.903/45** derogou os crimes contra a propriedade industrial previstos no CP (arts. 187 a 196), passando a regular a matéria em seus artigos 169 a 178, com penas máximas de três meses, seis meses ou um ano; o **decreto-lei 9.070/46** tipificou várias condutas relacionadas à greve, com penas de até 6 meses (art. 14); o **decreto-lei 9.215/46** restaurou a vigência da contravenção de jogo de azar (art. 50, LCP); o **decreto 29.151/51** tratou dos crimes de serviço postal e de telecomunicações (arts. 349 a 355), com penas, em geral, até 3 ou 4 anos, salvo no caso do art. 351, em que a pena era de 8 anos; a **lei 1.386/51** cria modalidade de prevaricação para autoridade de câmbio do Banco do Brasil que se omitir no cumprimento de obrigações que essa lei cria (art. 8.º); a **lei 1.390/51** trouxe contravenções penais de preconceito de raça ou de cor (arts. 1.º a 8.º); a **lei 1.431/51** permitiu patronato particular para o liberado condicional (art. 63, CP) e incumbe a vigilância da medida de segurança ao patronato, oficial ou particular (art. 4.º); a **lei 1.521/51** dispôs sobre os crimes (arts. 2.º a 4.º) e as contravenções (art. 9.º) contra a economia popular, com penas de até 2 anos, salvo no caso do art. 3.º, que podia chegar a 10 anos; a **lei 1.579/52** trouxe crimes de resistência e de falso testemunho praticados no contexto de uma comissão parlamentar de inquérito (art. 4.º); a **lei 1.802/53** criou crimes contra o Estado e a ordem política e social (arts. 2.º a 29), com penas que, em alguns casos, podiam chegar a 20 anos; a **lei 2.083/53** criou crimes de imprensa (arts. 9.º a 11), com penas de até 1 ano; a **lei 2.252/54** criou o crime de “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la” (art. 1.º), com pena de até 4 anos; a **lei 2.505/55** reduziu a pena mínima da receptação (de 2 anos para 1 ano) (art. 180, CP), e tornou cabíveis, pelo juiz, “se o criminoso é primário e de pequeno valor a coisa”, as seguintes providências, que já se aplicavam ao furto: “substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa” (art. 180, § 3.º, in fine, CP); a **lei 2.889/56** criou várias modalidades de crime de genocídio (arts. 1.º a 5.º), com as penas do crime correlato no Código Penal, e criminalização da mera associação (art. 2.º) ou incitação (art. 3.º); a **lei 3.502/58** regula o “enriquecimento ilícito”, equiparando-o a crimes contra a administração pública e sujeitando a processo criminal (art. 4.º); a **lei 3.807/60** punia, com as penas da apropriação indébita (1 a 4 anos), a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 86), e diversos outros crimes assemelhados a sonegação fiscal, apropriação indébita, falsidade ideológica, e estelionato (art. 155); a **lei 3.924/61** criminalizou a “destruição” ou “mutilação” de monumentos arqueológicos ou pré-históricos (arts. 5.º); a **lei 4.117/62** que criou crimes de abuso do emprego da radiodifusão (art. 53, incs. a até l), e de violação de telecomunicação (art. 56), com penas de até 2 anos; a **lei 4.137/62** criou o CADE e criminalizou o falso testemunho e falsa perícia em seu âmbito (art. 36, § 2.º); a **lei 4.319/64** criava o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, e criminalizava condutas equiparadas a crimes de resistência e de falso testemunho e falsa perícia (art. 8.º, I e II); a **lei 4.330/64** que criou crimes de greve e de lock-out (art. 29, incs. I a VI), com penas de até um ano; a **lei 4.357/64** criminalizou, como apropriação indébita, o não recolhimento de imposto de renda retido na fonte, e dos impostos de consumo e do selo (art. 11); a **lei 4.451/64** ampliou o tipo de “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” (art. 281, CP), apenas para incluir a modalidade de “plantar”; a **lei 4.494/64** criou contravenção penal relativa a locação de prédios urbanos (art. 17, I a V); a **lei 4.591/64** estabeleceu que certas condutas relativas a condomínios em edificações e incorporações imobiliárias constituíam crimes (art. 65, e § 1.º, I e II), com penas de até 4 anos, ou contravenções (art. 66, incs. I, II, III, V e VI) contra a economia popular; a **lei 4.595/64** estabeleceu os crimes de empréstimo vedado entre instituições financeiras (art. 34, I), de quebra de sigilo financeiro (art. 38), com penas de até 4 anos; a **lei 4.728/65** criminalizou condutas relativas a valores mobiliários (art. 73, e §§ 1.º e 2.º, e art. 74, e parág. ún.), com penas de até 4 anos; a **lei 4.729/65** incriminou a sonegação fiscal (art. 1.º), com penas de até 2 anos e extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo (art. 2.º) e criou novas hipóteses equiparadas a contrabando ou descaminho (art. 334, § 1.º, alíneas c e d, e § 2.º, CP); a **lei 4.737/65** criou crimes eleitorais (arts. 289 a 354), com penas baixas e que, muito excepcionalmente, ultrapassam 5 anos (apenas nos arts. 302 e 348); a **lei 4.771/65** criou a contravenções florestais (art. 26, alíneas a até q); a **lei 4.888/65** criou um crime de concorrência desleal relativamente a artigos de couro (art. 4.º), com pena de até um ano; a **lei 4.898/65** criou os crimes de abuso de autoridade (arts. 3.º e 4.º), com penas de até seis meses; o **decreto-lei 15/66** equiparou a crime de sonegação fiscal, da lei 4.729/65 (pena de até 2 anos), a violação de compromisso ou de obrigação relativa a reajustes salariais (art. 10); o **decreto-lei 16/66** criou crimes, com penas de até 2 anos, relativos à produção, comércio e transporte clandestino de açúcar ou de álcool (art. 1.º); o **decreto-lei 47/66** equiparou, ao estelionato (art. 171, CP), condutas relacionadas a proibições na comercialização de café (art. 2.º); o **decreto-lei 70/66** declarou que a emissão ou endosso de cédula hipotecária, com infringência desse decreto-lei, constitui estelionato (art. 27); a **lei 5.197/67** criou várias contravenções penais relativas à proteção à fauna (art. 27); a **lei 5.250/67** criou novos crimes de imprensa (arts. 14 a 23), com penas de até 1 ano, salvo quando se vislumbra interesse da ordem política-social, quando as penas podem chegar a 4 anos; a **lei 5.346/67**: **a.** tornou qualificado o crime de dano (art. 163, CP), se o crime é cometido contra “empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista” (inciso III, in fine); **b.** criou uma receptação qualificada, se os bens receptados eram da “União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista” (art. 180, § 5.º, CP); e aumentou a pena do crime de “atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública” (art. 265, CP), “se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços” (parág. ún.); a **lei 5.349/67** deixou de declarar obrigatória a prisão preventiva pelo mero fato de o crime imputado ter pena superior a 10 anos (art. 312, CP); o **decreto-lei 221/67** criou contravenções de pesca (arts. 55 a 61); o **decreto-lei 314/67** revogou a lei n.º 1.802, de 1953, e regulou os crimes contra a segurança nacional e contra a ordem política e social; o **decreto-lei 326/67** equiparou a apropriação indébita (art. 168, CP) o uso do produto da cobrança do IPI em fim diverso do recolhimento do tributo (art. 2.º); a **lei 5.467/68** reformou a disciplina da reabilitação (art. 119, CP); a **lei 5.473/68** criou contravenção de criar discriminação entre brasileiros, para provimento de cargos públicos e de empregos privados (art. 1.º, parág. ún.); a **lei 5.474/68**: **a.** subiu a pena máxima e alterou a redação do crime de duplicata simulada, para

incluir a modalidade típica de “aceitar” e a hipótese de emissão que não corresponde a prestação de serviço (art. 172, in fine, CP), e **b.** criou uma hipótese equiparada a duplicata simulada, de “falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas” (art. 172, parág. ún., CP); a **lei 5.478/68** criminalizou a omissão de prestação, por empregador ou por funcionário público, de informações necessárias à instrução de processo de pensão alimentícia (art. 22), o ato de ajudar devedor a se eximir de pagar essa pensão (art. 22, parág. ún.), ampliou a tipicidade do abandono material para as hipóteses em que a pensão alimentícia é judicialmente acordada ou majorada (antes, se falava apenas em “judicialmente fixada”), aumenta bastante a pena (art. 244, CP), e criou hipótese equiparada para “quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada” (art. 244, § 1.º, CP); a **lei 5.479/68** criou crimes relativos a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver (art. 11), com penas de até 3 anos; a **lei 5.553/68** criou a contravenção de retenção de documento de identificação pessoal (art. 3.º); o **decreto-lei 368/68** criminalizou o pagamento de qualquer valor (honorários, gratificação, pro-labore, lucros, dividendos ou interesses) a acionistas, sócios, diretores e gerentes, se a empresa estiver em débito salarial com seus empregados (art. 4.º), com pena de até 1 ano; o **decreto-lei 385/68** ampliou o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes (art. 281, CP), incluindo novos verbos típicos no caput (preparar e produzir), criando atos preparatórios como hipóteses equiparadas (§ 1.º, I a III), e aumentando a pena se a substância entorpecente se destina a menor de 16 anos (§ 5.º); o **decreto-lei 502/69** criou uma modalidade de prevaricação (art. 319, CP), para garantir o confisco de bens que o AI 5 permitia decretar; o **decreto-lei 510/69** alterou vários dispositivos do decreto-lei 314, de 1967; o **decreto-lei 898/69** constituiu nova lei de segurança nacional, com tipos vagos, elevadas penas de prisão, de prisão perpétua e até de morte; o **decreto-lei 975/69** criou novos crimes contra a segurança nacional, praticados por meio de aeronaves, com penas de até 20 anos; o **decreto-lei 1.004/69** sancionou o CP de 1969, que não chegou a entrar em vigor; a **lei 5.700/71** declarou ser contravenção “violação de qualquer disposição desta lei” (art. 44), que trata dos símbolos nacionais; a **lei 5.726/71** passou a chamar, no preâmbulo, de “tráfico” o comércio clandestino de entorpecentes (art. 281, CP), aumentou pouco a pena máxima (de 5 anos para 6 anos), manteve as hipóteses equiparadas, incluindo a modalidade de adquirir (§ 1.º, IV), aumentou a pena do médico ou dentista que prescreve (§ 3.º), elevou para os 21 anos — antes era 16 anos — a hipótese em que a substância entorpecente se destina a menor (§ 4.º), criou uma quadrilha de duas pessoas, com pena de quadrilha armada (§ 5.º), criou causas de aumento de pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro (§ 6.º), ou se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal (§ 7.º); a **lei 5.741/71** criminalizava, com pena até 2 anos, o esbulho possessório em terreno do Sistema Financeiro da Habitação (art. 9.º); a **lei 5.786/72** apenou, com até 30 anos de reclusão, o apoderamento ilícito de aeronave, considerado crime contra a segurança nacional (art. 1.º); a **lei 6.001/73** criou crimes contra índios, com pena de até dois anos (art. 58); a **lei 6.015/73** criminalizou, especificamente, a desobediência de oficial de registro a ordem judicial (art. 47, § 1.º); a **lei 6.016/73** alterava diversos dispositivos do CP de 1969, ainda na *vacatio legis*; a **lei 6.091/74** criou adicionais crimes eleitorais (art. 11), com penas até 2 ou 4 anos; a **lei 6.192/74** criou contravenção de realização de distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 5.º); o **decreto 77.077/76** criminalizou, no que toca a contribuições devidas ao então INPS, modalidades de conduta equiparadas a crime de desobediência (art. 148), de apropriação indébita (arts. 149 e 224, II), de sonegação fiscal (art. 224, I), de falsidade ideológica (art. 224, III) e de estelionato (art. 224, IV); a **lei 6.368/76** revogou o art. 281, CP, passando a regular os crimes de comércio de drogas ilícitas, ampliando os tipos e aumentando bastante as penas (art. 12 segs.), com penas até 15 anos; a **lei 6.416/77** reformou o Código Penal: **a.** alterou diversas regras referentes ao cumprimento de penas de reclusão e detenção (art. 29, § 2.º, 30 e §§ 31, parág. ún., CP), à reincidência (arts. 46, parág. ún., 47, CP), ao *sursis* (art. 57, e inc. I, 59, I, e § 1.º), ao livramento condicional (art. 60, II, III, parág. ún., 63, 64, e inc. III e parág. ún., CP), à pena acessória de interdição de direito (art. 69, V, CP), às medidas de segurança (art. 77, II, e §§ 1.º e 2.º, 78, § 1.º, CP); **b.** incluiu a causa de extinção da punibilidade, nos crimes sexuais, do casamento com terceiro (art. 108, IX, CP); **c.** impede que na prescrição retroativa, que se formava por jurisprudência, se considerasse o prazo entre fato e denúncia (art. 110, § 2.º, CP); e **d.** incluiu perdão judicial para o crime de homicídio culposo, “se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária” (art. 121, § 5.º, CP); a **lei 6.435/77** criou crimes contra a economia popular, relativos a entidades privadas (arts. 77 e 80), com penas de até 2 anos; a **lei 6.453/77** cria crimes relativos a atividades nucleares, com penas até seis, oito ou dez anos (arts. 20 a 27); a **lei 6.538/78** cria novos crimes quanto aos serviços postais, com penas bem parecidas com o anterior decreto n.º 29.151/51 (arts. 36 a 42); a **lei 6.620/78** revoga o draconiano decreto-lei 898/69 e, embora mantenha penas altas e a doutrina de segurança nacional, não mais estabelece penas perpétuas nem de morte; a **lei 6.638/79** cria contravenção relativa à viviseção de animais (art. 5.º); a **lei 6.649/79** cria contravenções de locação predial urbana (art. 45); a **lei 6.710/79** equiparou ao art. 282 CP as infrações a essa lei, que cuida da profissão de técnico em prótese dentária (art. 8.º); a **lei 6.766/79** criou crimes de loteamento ou desmembramento irregular (art. 50 a 52), com penas de até 4 ou 5 anos; a **lei 6.799/80** criou causa de aumento de pena dos crimes de funcionários públicos contra a administração pública, se “os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público” (art. 327, § 2.º, CP); a **lei 6.895/80** criou hipóteses qualificadas de crime de violação de direito autoral (art. 184, §§ 1.º e 2.º, CP); a **lei 6.898/81** criou o crime de “registrar como seu o filho de outrem” (art. 242, CP), e possibilitou perdão judicial “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza” (preceito secundário, do parágrafo ún.); a **lei 6.910/81** impediu a aplicação da causa de extinção da punibilidade do pagamento do tributo aos

continuou, com a edição de outras dezenas de leis (aqui, indicam-se 111 leis).²⁸² A análise da quantidade de leis penais mostra que a média anual de leis penais no período de 26 anos entre

crimes de contrabando ou descaminho (art. 1.º); a **lei 7.021/82** criou crime eleitoral de dano a relação de candidatos constante da cabina indevassável (art. 5.º); a **lei 7.134/83** equipara a estelionato a não aplicação de recursos provenientes de incentivo fiscal ou de crédito ou financiamento concedido por órgão da administração pública exclusivamente no projeto para o qual foi liberado (art. 3.º); a **lei 7.170/83** revoga a lei 6.620/78, estabelecendo penas mais adequadas, e ainda é a lei de segurança nacional em vigor; a **lei 7.209/84** estabeleceu a nova Parte Geral do Código Penal; a **lei 7.210/84** instituiu a Lei de Execução Penal; e a **lei 7.251/84** aumentou a pena do crime de “entrega de filho menor a pessoa inidônea” (art. 245, CP), explicitou a redação do tipo, que era ambígua, e criou hipóteses qualificadas (§§ 1.º e 2.º) (aqui, não estão computados os diplomas normativos relativos a direito penal militar, nem a direito penal juvenil).

²⁸² A **lei 7.347/85** criminaliza a recusa, retardamento ou omissão de apresentação, ao Ministério Público, de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública (art. 10); a **lei 7.492/86** que criou crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 2.º a 23); a **lei 7.505/86** criminalizou, com pena de 2 a 6 anos, obter redução de imposto de renda, utilizando-se fraudulentamente de benefícios fiscais relativos a operações de caráter cultural ou artístico, que essa lei criava; a **lei 7.643/87** criminalizou a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, com pena de 2 a 5 anos (arts. 1.º e 2.º); a **lei 7.646/87** criava crimes de violação de direito autoral de programa de computador e de descaminho de “programas de computador de origem externa não cadastrados” (arts. 35 e 37); a **lei 7.649/88** equiparava o crime do art. 268 CP a inobservância de regras dessa lei, que obrigava o cadastramento de doadoras de sangue e a realização de exames laboratoriais no sangue coletado (art. 8.º); e a **lei 7.653/88** torna crime (antes era contravenção) diversas condutas relativas à fauna, e amplia tipicidades (art. 3.º); a **lei 7.679/88** criminalizou a pesca realizada com uso de explosivos ou de substâncias com efeito semelhante na água ou com uso de substâncias tóxicas (art. 1.º, IV, a e b, art. 8.º); a **lei 7.716/89** criou vários crimes relativos a preconceitos de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional (art. 3.º a 14), com penas bem mais altas do que a anterior lei 1.390/51; a **lei 7.752/89** cria crimes de obtenção indevida de benefícios fiscais relativos ao desporto amador (art. 14 e § 2.º); a **lei 7.802/89** incriminou diversas condutas relativas a agrotóxicos (arts. 15 e 16); a **lei 7.804/89** criminalizou a poluição que exponha a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal (art. 15); a **lei 7.805/89** criminaliza realizar “trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença”, com pena de até 3 anos (art. 21); a **lei 7.853/89** criminalizou diversas condutas contra pessoas com deficiência (art. 8.º), com penas de até 4 anos; a **lei 7.960/89** regula a chamada “prisão temporária”; a **lei complementar 64/90** criminalizou “a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé” (art. 25); a **lei 8.021/90** criminalizou, especificamente, a revelação de segredo fiscal por parte de servidor do Fisco (art. 7.º, § 3.º); a **lei 8.069/90** criou crimes contra a criança e o adolescente (arts. 228 a 244) e, no Código Penal: **a.** criou, no homicídio doloso, causa de aumento de pena de “um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos” (lei n.º 8.069, de 1990), que, posteriormente, se estenderia ao mesmo crime, contra “maior de sessenta anos” (lei n.º 10.741, de 2003), cf. art. 121, § 4.º, in fine, CP; e **b.** impôs que as hipóteses de aumento de pena do art. 121, § 4.º, CP, se apliquem à lesão corporal, seja culposa, seja dolosa (cf. art. 129, § 7.º, CP), e que a pena do crime de maus-tratos seja aumentada de um terço, se a vítima é menor de 14 anos (art. 136, § 3.º, CP); a **lei 8.072/90** criou, no art. 1.º, os crimes hediondos (latrocínio [art. 157, § 3.º, in fine, CP], extorsão qualificada pela morte [art. 158, § 2.º, CP], extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada [art. 159, caput e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, CP], estupro [art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, CP], atentado violento ao pudor [art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, CP], epidemia com resultado morte [art. 267, § 1.º, CP], envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte [art. 270 c/c art. 285, CP] e de genocídio [arts. 1.º, 2.º e 3.º, l. 2.889/56], tentados ou consumados), impediu anistia, graça, indulto fiança e liberdade provisória (art. 2.º, I e II), impôs cumprimento de dois terços de pena para a concessão de livramento condicional nos crimes hediondos (em vez do “um terço” dos não-reincidentes, e da “metade” dos reincidentes, que é a regra geral para os demais crimes) (cf. art. 83, V, CP); e aumentou as penas mínimas de vários delitos: **a.** roubo seguido de morte, que sobe de quinze para vinte anos (art. 157, § 3.º, in fine, CP), **b.** das formas simples e qualificadas da extorsão mediante seqüestro (art. 159, e seus parágrafos, do CP), **c.** dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214, CP), de epidemia (art. 267, CP) e de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270, CP), **d.** do crime de quadrilha (art. 288, CP), se a associação para a prática “de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo” (art. 8.º). Tal lei ainda cria diminuição de pena (de um a dois terços) por delação, para casos de extorsão mediante seqüestro praticada por quadrilha (art. 159, § 4.º, CP); a **lei 8.078/90** cria crimes contra as relações de consumo, com penas que nunca ultrapassam 2 anos (arts. 63 a 74); a **lei 8.081/90** cria o crime de praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional (art. 20, l. 7.716/89); a **lei 8.137/90** aumenta bastante as penas dos crimes de sonegação fiscal (agora chamados contra a ordem tributária) (arts. 1.º a 3.º), criou os crimes contra a ordem econômica (art. 4.º a 6.º) e mais crimes contra as relações de consumo (art. 7.º), com penas que chegam a 5 anos, e, no Código Penal, **a.** alterou a redação (para incluir fatura ou nota de venda, e excluir a modalidade de aceitação), eleva a pena mínima e reduz a máxima no crime de duplicata simulada (art. 172, CP); **b.** revogou o crime de substância avariada (art. 279, CP) (que passou a ser regulado, mais amplamente, e com pena maior, no art. 7.º, IX, dessa lei); **c.** amplia a tipicidade subjetiva e aumenta barbaramente a pena do crime de excesso de exação (art. 316, § 1.º, CP); e **d.**

aumenta a pena do crime de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318, CP); a **lei 8.176/91** criou mais crimes contra a ordem econômica, com relação a combustíveis (art. 1.º e 2.º), com penas até 5 anos; a **lei 8.212/91** regula os crimes contra a previdência social, representando, na prática, aumento de escala penal (art. 95 c/c art. 5.º, I, 7.492/86), em relação à anterior lei 3.807/60; a **lei 8.213/91** cria contravenção de “deixar a empresa de cumprir as normas de proteção e segurança da saúde do trabalhador” (art. 19, § 2.º); a **lei 8.245/91** tipificou condutas relativas locação de imóveis (art. 43 e 44), com penas até um ano; a **lei 8.257/91** permitiu a expropriação imediata de terrenos em que forem encontradas culturas de plantas psicotrópicas (art. 1.º); a **lei 8.313/91** cria um crime de discriminação, um crime tributário e um crime de deixar de promover a atividade cultural objeto do incentivo (arts. 39, 40 e § 2.º), no contexto da lei Rouanet; a **lei 8.383/91** atribuiu responsabilidade penal a gerente ou administrador de instituição financeira pela abertura de conta corrente sob nome falso (art. 64); o **decreto 612/92** cria vários crimes contra a seguridade social (art. 104); a **lei 8.429/92** cria uma espécie de denúncia caluniosa em ação de improbidade (art. 19); a **lei 8.635/93** criou as hipóteses de “alugar”, “emprestar” ou “trocar”, “com fim de lucro” (antes se falava em fim de venda), cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (art. 184, § 2.º, CP); a **lei 8.666/93** criou crimes de licitações (art. 89 a 98), com penas que podem chegar a 6 anos; a **lei 8.683/93** deu nova redação ao crime do art. 206, CP, trocando o verbo “aliciar” por “recrutar, mediante fraude”; a **lei 8.685/93** criminalizou a um crime tributário e um crime de deixar de promover a atividade objeto de incentivo (art. 10, e § 2.º); a **lei 8.882/94** acrescia um § 1.º ao art. 20, da lei 7.716/89, dizendo que incorria na mesma pena quem fabrica, comercializa, distribui, veicula símbolos, emblemas, ornamentos ou distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo; a **lei 8.884/94** inclui a garantia da “ordem econômica” como causa de prisão preventiva (art. 312, CPP); a **lei 8.930/94** tornou hediondos os crimes de homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, CP) e de homicídio simples (art. 121, CP), “praticado em atividade típica de grupo de extermínio” (art. 1.º, I, início, l. 8.072/90); a **lei 8.974/95** cria vários crimes relativos a engenharia genética (art. 13); a **lei 9.029/95** criou modalidades de um crime de exigência de esterilização ou atestado de gravidez para fins admissionais ou de permanência em emprego (art. 2.º, I e II), com pena de até 2 anos; a **lei 9.034/95** disciplina, sem definir, a organização criminosa e permite, em casos praticados em seu contexto, delação premiada (art. 6.º) e obriga identificação criminal (art. 5.º) e regime prisional inicial fechado (art. 10); a **lei 9.080/95** cria a delação premiada, como causa de diminuição de pena de um a dois terços, para os crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 25, § 2.º, l. 7.492/86) e contra a ordem tributária (art. 16, parágrafos, ún., l. 8.137/90); a **lei 9.099/95** cria os Juizados Especiais Criminais, com competência para infrações penais até 1 ano (que seriam os crimes de menor potencial ofensivo), com vários benefícios que, em um caso (suspensão condicional do processo), se estende a outros crimes; a **lei 9.100/95** criou vários crimes eleitorais para as eleições municipais de 1996 (art. 67); a **lei 9.111/95** estatuiu que o simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial, marítima ou aérea caracteriza, de imediato, violação do comércio de espécimes da fauna silvestre (art. 3.º, § 3.º), o que constitui crime (art. 27); a **lei 9.112/95**, que trata de exportação de bens bélicos, de uso nuclear e outros, estabelece que “as pessoas físicas que, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, concorrerem para o descumprimento desta Lei, incorrerão em crime” (art. 7.º); a **lei 9.127/95** alterou o nomen juris, amplia a tipicidade, aumenta a pena da forma simples e incrementa a causa de aumento de pena do crime de exploração de prestígio (art. 332, CP), que ainda passa a se chamar tráfico de influência; a **lei 9.263/96** criminalizou diversas condutas relativas a esterilização cirúrgica (arts. 15 a 18); a **lei 9.268/96** passou a impedir a conversão de pena de multa em pena de prisão (cf. art. 51, CP), impôs que a prescrição da pena de multa cumulativamente aplicada passasse a ocorrer no mesmo prazo da pena de prisão aplicada (em vez de ocorrer em 2 anos, cf. art. 114, II, CP), e ampliou a incidência do efeito da condenação de “perda de cargo, função pública ou mandato eletivo”, que passa a ser possível: se, para um crime “com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”, a pena foi igual ou superior a um ano (antes, exigia-se pena superior a quatro anos); ou se, quanto a qualquer crime, a pena for maior de 4 anos (antes o efeito se limitava a crimes funcionais) (cf. art. 92, I, a e b); a **lei 9.269/96** estendeu a delação premiada a qualquer crime de extorsão mediante seqüestro praticado em concurso de agentes, que antes só se admitia na hipótese de quadrilha (art. 159, § 4.º, CP); a **lei 9.279/96** revogou o decreto-lei 7.903/45, passando a regular os “crimes contra as patentes” (art. 183 a 185), “contra os desenhos industriais” (arts. 187 e 188), “cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda” (art. 191), “contra indicações geográficas e demais indicações” (art. 192 a 194), e de “concorrência desleal” (art. 195, CP), que passaram a ser regulados, em geral com penas idênticas ou até um pouco menores, por aquela lei; a **lei 9.281/96** revogou expressamente, no Código Penal, o parágrafo único do crime de estupro e o parágrafo único do crime de atentado violento ao pudor, que tratavam desses crimes se a vítima fosse menor de 14 anos; a **lei 9.296/96** criou o crime de interceptação telefônica não autorizada (art. 10); a **lei 9.303/96** acaba com o prazo máximo de 81 dias de prisão processual em casos de crimes de organização criminosa, e o artigo respectivo passa a regular o prazo máximo para encerramento da instrução criminal (art. 8.º, l. 9.034/95); a **lei 9.318/98** alterou a alínea h do inc. II do art. 61 para permitir o aumento de pena em crimes “contra mulher grávida”; a **lei 9.426/96**: **a.** criou hipótese qualificada de furto de veículo automotor, “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”, com pena de 3 a 8 anos de reclusão (art. 155, § 5.º, CP; i.e., pena mínima maior do que as demais hipóteses de furto qualificado); **b.** quanto ao crime de roubo, cria a lei, para a mesma hipótese, uma qualificadora (art. 157, § 2.º, IV, CP), e outra qualificadora “se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade” (art. 157, § 2.º, V, CP), além de aumentar a pena mínima do roubo seguido de lesão corporal de natureza grave (que passa de cinco anos para sete anos) (art. 157, § 3.º, início, CP); **c.** alterou a disciplina do crime de receptação, criando uma receptação qualificada (art. 180, § 1.º, CP), com pena mínima de três anos, e duplicando a pena do caput se o bem receptado for “da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista” (art. 180, § 6.º, CP); **d.** deslocou os crimes de “atribuir a estrangeiro

falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional” (do antigo art. 310, para parágrafo único do art. 309, CP), e de atuar como testa-de-ferro de estrangeiro (do antigo art. 311, para o art. 310), para criar o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311, CP), com pena alta; a **lei 9.434/97** criminaliza diversas condutas relacionadas com transplante, remoção, compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, com penas de até 8 anos (bem maiores do que aquelas previstas na anterior lei 5.479/68); a **lei 9.437/97** transformou o porte de arma em crime e criou hipóteses equiparadas (art. 10); a **lei 9.455/97** tipifica o crime de tortura (art. 1.º); a **lei 9.459/97** cria modalidade de discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia, ou procedência nacional mesmo que não seja por meio de comunicação ou publicação de qualquer natureza (art. 20), criou o delito de injúria por preconceito (com “utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem”), com pena de um a três anos, e multa (art. 140, § 3.º, CP); a **lei 9.472/97** tipificou crime de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183), mantidos os crimes da lei 4.117/62 (art. 215); a **lei 9.503/97** criou diversos crimes de trânsito, aumentando as penas quanto aos mesmos crimes no CP (arts. 302 a 312); a **lei 9.504/97** criou crimes relativos a propaganda eleitoral (art. 39, § 5.º e 40), e a fiscalização das eleições (art. 68, § 2.º, 70 e 72); a **lei 9.521/97** revogou a contravenção de exploração da credulidade pública (art. 27, LCP); a **lei 9.605/98** criou diversos crimes contra o meio ambiente (art. 29 a 64), com penas bem maiores do que as que vigoravam; a **lei 9.609/98** criou crime de violação de direito de autor de programas de computador (art. 12); a **lei 9.613/98** cria crime de lavagem de dinheiro (art. 1.º e parágrafos), com penas de até 10 anos; a **lei 9.615/98** criminaliza diversas condutas relativas a bingo (arts. 75, 77 a 81); a **lei 9.677/98** ampliou a tipicidade e aumenta bastante as penas dos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (art. 272, §§ 1.º-A, 1.º e 2.º, CP), e de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, e seus parágrafos, CP), de invólucro ou recipiente com falsa indicação (art. 275, CP), e de substância destinada à falsificação (art. 277, CP); além disso, aumenta as penas dos crimes de emprego de processo proibido ou de substância não permitida (art. 274, CP), e de produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores (art. 276, CP); a **lei 9.695/98** tornou hediondos os crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1.º, § 1.º-A e § 1.º-B, CP, e art. 1.º VII-B, l. 8.072/90); a **lei 9.714/98** alterou a disciplina das penas restritivas de direitos, que são aplicadas em substituição à pena de prisão, introduzindo novas modalidades (prestação pecuniária e perda de bens) e aumentando o âmbito de aplicabilidade (a pena de prisão, aplicada por crime doloso, superior a 1 ano e máxima de 4 anos passa a poder ser substituída) (cf. arts. 43 a 46, e 55, CP), e criou o sursis humanitário, cabível quando “razões de saúde justifiquem a suspensão” (art. 77, § 2.º, CP); a **lei 9.777/98** criou, para o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, aumento de pena “de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais” (art. 132, pará. ún., CP), e aumentou a pena dos crimes de frustração de direito trabalhista (art. 203, CP) e de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207, CP), criando, ainda, hipóteses equiparadas e uma causa de aumento de pena (art. 203, §§ 1.º e 2.º, e 207, §§ 1.º e 2.º, CP); a **lei 9.975/00** incluiu o crime do art. 244-A (“submeter criança ou adolescente a prostituição ou exploração sexual”) na lei 8.069/90; a **lei 9.983/00**: **a.** criou o crime de divulgação de segredo contido em sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública (art. 153, § 1.º-A, CP), com pena de 1 a 4 anos, e multa, tornando a ação penal pública incondicionada, se resultar prejuízo para a Administração Pública (art. 153, § 2.º, CP); **b.** inseriu no CP, com pena máxima um pouco menor (cinco anos, em vez de seis anos), o crime de apropriação indébita previdenciária (que antes estava na lei 8.212, de 1990), com hipóteses equiparadas, causa de extinção da punibilidade e perdão judicial (art. 168-A, e §§ 1.º a 3.º, CP); **c.** inseriu inciso III do crime de falsificação de selo ou sinal público (art. 293, CP) e hipóteses equiparadas no crime de falsificação de documento público (art. 297, §§ 3.º e 4.º, CP); **d.** criou os crimes de inserção de dados falsos (art. 313-A, CP) e de modificação ou alteração não autorizada em sistema de informações (art. 313-B, CP), o primeiro com pena de até 12 anos; **e.** criou hipóteses equiparadas e uma qualificada de crime de violação de sigilo funcional (art. 325, §§ 1.º e 2.º, CP); **f.** ampliou a definição de funcionário público, para fins penais, para incluir “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (art. 327, § 1.º, CP); e **g.** introduziu o crime de sonegação de contribuição previdenciária, com hipóteses equiparadas, causa de extinção da punibilidade e perdão judicial (art. 337-A, e §§ 1.º a 4.º, CP); a **lei 10.028/00**: **a.** amplia a tipicidade do crime de denunciação caluniosa (art. 339, CP), para casos de “investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa”; e **b.** cria o capítulo VI (Dos crimes contra as finanças públicas) ao título XII (Dos crimes contra a administração pública), do Código Penal, com crimes de “contratação de operação de crédito”, “inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar”, “assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura”, “ordenação de despesa não autorizada”, prestação de garantia graciosa”, “não cancelamento de restos a pagar”, “aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura”, e “oferta pública ou colocação de títulos no mercado” (arts. 359-A a 359-H, CP); a **lei 10.054/00** regula a identificação criminal; a **lei complementar 105/01** regula o crime de quebra de sigilo de operações de instituições financeiras (art. 10), que já existia na lei 4.595/64; a **lei 10.217/01** passa a permitir, “mediante circunstanciada autorização judicial”, interceptação ambiental e infiltração de agentes em organizações criminosas (art. 2.º, IV e V, l. 9.034/95); a **lei 10.224/01** introduziu o crime de assédio sexual, que consiste em “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”; a **lei 10.259/01** regula os Juizados Especiais Criminais Federais, competentes para infrações penais com sanções de até 2 anos (art. 2.º, pará. ún.); e a **lei 10.268/01** ampliou a contator o crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342, CP), e de corrupção para falso testemunho ou falsa perícia (art. 343, CP), aumentando, no último caso, bastante a pena, e, quanto a ambos os delitos, cria nova causa de aumento de pena, se a prova for destinada “produzir efeito” em “em processo civil

em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”, e diminui um pouco os aumentos de pena, em caso de suborno e de prova destinada a processo penal (art. 342, § 1.º, e 343, pará. ún, CP); a **lei 10.300/01** criminaliza diversas condutas relativas a minas terrestres antipessoais (art. 2.º), com pena de 4 a 6 anos; a **lei 10.303/01** criou os crimes contra o mercado de capitais (art. 27-C a 27-E), inseridos na lei da CVM (lei n.º 6.385/76); a **lei 10.409/02** escurta o rito processual dos crimes relativos a tráfico de drogas ilícitas; a **lei 10.467/02** introduziu o capítulo II-A (Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira), ao título XII (Dos crimes contra a administração pública), com crimes de corrupção ativa (art. 337-B, CP) e de tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C, CP), além de conceituar funcionário público estrangeiro (art. 337-D, CP); a **lei 10.684/03** suspendeu a pretensão punitiva dos crimes tributários e previdenciários, se o devedor estiver incluído em regime de parcelamento (art. 9.º); a **lei 10.695/03** alterou a disciplina dos crimes contra a propriedade intelectual, aumentando a pena mínima e prevendo novas hipóteses da violação de direito autoral qualificada (art. 184, § 1.º, CP), e descriminalizando a usurpação de nome ou pseudônimo alheio (art. 185, CP); a **lei 10.701/03** inclui o “financiamento” do terrorismo como crime antecedente à lavagem de dinheiro (art. 1.º, II, da l. 9.613/98); a **lei 10.741/03** (Estatuto do Idoso) criou diversos crimes especiais contra o idoso (arts. 96 a 107) e, no Código Penal, criou agravante genérica de crime contra “maior de 60 (sessenta) anos” (art. 61, II, h, CP, em vez de velho), criou, no mesmo dispositivo da injúria por preconceito, o crime de injúria contra “pessoa idosa ou portadora de deficiência” (art. 140, § 3.º, CP), criou novas causas de aumento de pena para o homicídio doloso (contra maior de 60 anos, cf. art. 121, § 4.º), para o crime de abandono de incapaz (art. 133, § 3.º, III, CP) e para os crimes de calúnia e difamação, a vítima é maior de 60 anos ou portadora de deficiência (art. 141, IV, CP), novas hipóteses de qualificação do sequestro (art. 148, § 1.º, I, CP) e da forma simples do abandono material (art. 244, CP), se a vítima é, ao menos, sexagenária, e excluiu a isenção de pena e a exigência de representação em alguns crimes contra o patrimônio, se a vítima tem idade igual ou superior (art. 183, III, CP), entre outras disposições em leis penais especiais; a **lei 10.763/03** condicionou, nos crimes contra a administração pública, a progressão de regime à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais” (art. 33, § 4.º, CP), e aumentou muito a pena dos crimes de corrupção passiva (art. 317, CP) e ativa (art. 333, CP); a **lei 10.764/03** amplia tipos e aumenta bastante as penas dos crimes dos arts. 239 a 243 do ECA; a **lei 10.792/03** cria o regime disciplinar diferenciado (art. 52, I, 7.210/84), e altera a disciplina da progressão de regime (art. 112, I, 7.210/84) e do interrogatório judicial (art. 185, CPP); a **lei 10.803/03** alterou e agravou bastante a disciplina do crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149, CP): **a.** são previstas, no caput, hipóteses fundamentais (“quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”) e, no § 1.º, hipóteses equiparadas (“cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho” [inc. I] ou “mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho” [inc. II]); **b.** a pena passa a ser maior, pois se cumula explicitamente a pena correspondente à violência, e **c.** criam-se, no § 2.º, causas de aumento de pena, “de metade”, se o crime é “contra criança ou adolescente” (inc. I), ou “por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem” (inc. II); a **lei 10.826/03** tornou crime diversas condutas relativas a armas de fogo (arts. 12 a 17); a **lei 10.886/04** criou outra qualificadora da lesão corporal, “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, passando a pena mínima de três meses para seis meses (cf. art. 129, § 9.º, CP), o que, na prática, dificulta a condenação a pena de multa; nessas mesmas hipóteses, aumenta-se, de um terço, a pena da lesão corporal grave (§ 1.º), da lesão corporal gravíssima (§ 2.º), e da lesão corporal seguida de morte (§ 3.º), cf. art. 129, § 10, CP; a **lei 11.035/04** alterou o art. 293, I, CP, passando a falar em tributo (em vez de imposto ou taxa), o que ampliou a tipicidade, e incluindo vastas hipóteses equiparadas (§§ 1.º e 5.º); a **lei 11.101/05** regulou os crimes falimentares (arts. 168 a 178), com penas maiores e prazos prescricionais mais extensos do que antes constavam do decreto 7.661/45; a **lei 11.105/05** estabeleceu crimes relativos ao uso de embriões humanos, engenharia genética e clonagem (arts 24 a 29); a **lei 11.106/05**: **a.** criou novas hipóteses de seqüestro qualificado (art. 148, § 1.º, CP), se a vítima é companheiro do agente (e não apenas cônjuge, como era antes) (inc. I), se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos (inc. IV), e se o crime é praticado com fins libidinosos (inc. V) (este último inciso substitui, claramente, o crime de rapto violento (art. 219, início, CP) (na prática, essa conduta passa a ter pena maior, pois o art. 148, § 1.º, CP tem pena de dois a cinco anos, enquanto que o art. 219, CP tinha pena de dois a quatro anos); **b.** criou causas de aumento para crimes sexuais se o agente é madrasta (o padrasto já estava citado explicitamente desde 1940), tio, cônjuge ou companheiro da vítima, e eliminou a causa de aumento de ser o agente casado (art. 226, II e III, CP); **c.** criou causa de aumento de ser o agente conjuge ou companheiro da vítima na “mediação para satisfazer a lascívia de outrem” (art. 227, § 1.º, CP); **d.** criou hipóteses qualificadas de tráfico de mulheres, renomeado como tráfico internacional de pessoas (art. 231, §§ 1.º a 3.º, CP), e criou o crime de tráfico interno de pessoas (art. 231-A, CP); **e.** revogou os crimes de sedução (art. 217, CP), de rapto mediante fraude (art. 219, in fine, CP), de rapto consensual (art. 220, CP) e de adultério (art. 240, CP); e **f.** aboliu o casamento como causa de extinção da punibilidade em crimes sexuais (cf. antigos incisos VII e VIII do art. 107, CP); a **lei 11.284/06** inclui novos crimes, com altas penas, na lei de crimes ambientais: arts. 50-A e 69-A, l. 9.605/05; a **lei 11.313/06** alterou a lei 9.099/95, dispondo que, também nos juizados especiais criminais da Justiça Estadual, a competência será para crimes com pena até 2 anos (art. 61); a **lei 11.340/06** criou agravante genérica “com violência contra a mulher na forma da lei específica” (art. 61, II, f, CP), alterou a escala penal do art. 129, § 9.º, CP: “de 6 (seis) meses a 1 (um) ano” passa a “3 (três) meses a 3 (três) anos” (i.e, estranhamente, diminui-se a pena mínima e aumenta-se a máxima), que deixa de ser da competência dos Juizados Especiais Criminais (cujos benefícios se tornam, assim, inaplicáveis), e cria aumento de pena de “um terço”,

1985 e 2011 (cerca de 4,27leis por ano) é mais do que o dobro da média anual de leis penais editadas no período de 44 anos entre 1941 e 1985 (2,07 leis por ano), o que indicia que, nas últimas décadas,houve uma aceleração da tendência à expansão da criminalização primária.

A análise qualitativa das leis editadas em ambos os períodos (1941-1985 e 1985-2011) mostra as características de cada período e, como se verá, corrobora e especifica essa aceleração da tendência à expansão que caracteriza o período posterior à Constituição vigente. Podem ser observados três pontos (**a**, **b** e **c**):

para o mesmo tipo penal, “se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência” (art. 129, § 11); a **lei 11.343/06** revogou as leis 6.368/76 e 10.409/02, e disciplinou os crimes de comércio de drogas ilícitas (art. 33 a 40), sendo que o chamado tráfico (art. 33) passa a ter pena mínima maior: 5 anos, em vez de 3 anos; a **lei 11.464/07** se adéqua à decisão do STF que permitia progressão de regime para crime hediondo e, para tal, passa a exigir cumprimento de dois quintos da pena, se primário, e três quintos, se reincidente (art. 2.º, § 2.º, l. 8.072/90), além de deixar de impedir a liberdade provisória (art. 2.º, II, l. 8.072/90); a **lei 11.466/07** criou nova hipótese, própria, de prevaricação (art. 319-A, CP), consistente em “deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”; a **lei 11.596/07**, estabeleceu que o acórdão condenatório recorrível também interrompe a prescrição da pretensão punitiva (art. 117, IV, CP); a **lei 11.829/08** amplia tipos, aumenta penas (arts. 240 e 241) e cria novos crimes com altas penas (arts. 241-A a 241-E), no ECA; a **lei 11.923/09** criou hipótese qualificada de extorsão, com pena de 6 a 12 anos, “se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica” (art. 158, § 3.º, CP); a **lei 12.012/09** introduziu uma nova modalidade de favorecimento real, com pena maior, consistente em “ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional” (art. 349-A, CP); a **lei 12.015/09** regulou a disciplina dos “crimes contra os costumes” (rebatizados “crimes contra a dignidade sexual”), para: **a**. unificar, sob o nomen juris estupro (art. 213, CP), as anteriores condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, aumentando as penas mínimas das qualificadoras do estupro (art. 213, §§ 1.º e 2.º); **b**. unificar, sob o nomen juris violação sexual mediante fraude (art. 215, CP), as anteriores condutas de posse sexual mediante fraude e de atentado violento ao pudor mediante fraude, inclusive com pena maior; **c**. aumentar a pena do crime de assédio sexual (art. 216-A, CP), se a vítima é menor de 18 anos (§ 2.º); **d**. criar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), em situações que antes eram de presunção de violência (na prática, as penas foram aumentadas, em um terço: eram de 6 a 10 anos, e passam a de 8 a 15 anos), inclusive com hipóteses qualificadas (§§ 3.º e 4.º); **e**. alterar a redação (que fica bem mais restrita) e aumentar a pena do crime de corrupção de menores (art. 218, CP); **f**. introduzir os crimes de “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” (art. 218-A, CP) e “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” (art. 218-B, CP), **g**. tornar os crimes, em regra, passíveis de ação penal pública condicionada à representação (antes eram, em regra, de ação privada), ou incondicionada, se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (cf. art. 225, e parág. ún., CP); **h**. amplia o crime de “favorecimento da prostituição” a “outra forma de exploração sexual”, e prevê a modalidade de dificultar o abandono (art. 228, CP) e, explicitamente, as hipóteses qualificadas (§ 1.º); **i**. restringe, de um lado, e amplia, de outro, a redação do crime de “casa de prostituição” (art. 229, CP); **j**. além de explicitar as qualificadoras do § 1.º, amplia o crime qualificado de rufianismo (§ 2.º) a hipóteses de “fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima” (art. 230, CP); **k**. amplia o espectro dos crimes de tráfico, internacional (art. 231, §§ 1.º a 3.º, CP) e interno (art. 231-A, §§ 1.º a 3.º, CP), de pessoas para fim de exploração sexual; **l**. incluiu um capítulo de disposições gerais nos “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo aumentos de pena (metade, e do crime resulta gravidez, e de um sexto a metade “se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber” (art. 234-A, II e IV, CP) e tornando sigilosos os processos (art. 234-B, CP); **m**. por fim, torna hediondo o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput**, §§ 1.º a 4.º, CP, art. 1.º, VI, lei 8.072/90); a **lei 12.033/09** tornou pública condicionada a ação penal relativa a injúria do art. 140, § 3.º, CP (cf. art. 145, parág. ún., CP); a **lei 12.037/09** revogou a lei 10.054/00, passando a regular a identificação criminal; a **lei 12.234/10** aumentou o prazo prescricional dos delitos com pena inferior a um ano (que passou a ser de 3 anos, em vez de 2 anos, art. 109, VI, CP) e aboliu a prescrição retroativa entre o fato e a denúncia (antigo § 2.º do art. 110, CP); a **lei 12.288/10** cria crimes de impedir promoção por motivo racial (art. 3.º, parág. ún., e art. 4.º, § 1.º, II, lei 7.716/89) e de outros tratamentos diferenciados no trabalho (art. 4.º, § 1.º, I e II, l. 7.716/89); a **lei 12.299/10** alterou o Estatuto de Defesa (lei 10.671/03) do Torcedor para criar crimes para coibir violência em eventos esportivos (art. 41-B), corrupção ou fraude em resultado de competição esportiva (arts. 41-C a 41-E), e vender ou fornecer, desviar ou facilitar distribuição de ingressos por preço superior ao estampado no bilhete (art. 41-F e art. 41-G); a **lei 12.408/11** descriminaliza o ato de “grafitar” edificação ou monumento urbano (art. 65, l.9.065/98).

a. os maiores aumentos de pena e ampliações de modalidades típicas, no período 1941-1985, se relacionaram principalmente com os crimes de comércio de drogas ilícitas (que, aliás, passou a se chamar “tráfico de drogas”) e aos crimes contra o Estado e a ordem política e social (que começaram a ser chamados “crimes contra a segurança nacional”); quanto ao último caso, há uma natural retração, no momento em que a ditadura começa sua abertura “lenta, gradual e segura). Essas tendências expansivas só se mantiveram, no período de 1985-2011, quanto à já denominado tráfico de drogas; como, em 1985, a ditadura já havia formalmente findado, continua o retraimento quanto aos crimes políticos.²⁸³

Essa mudança de designação, quanto ao crime de “comércio clandestino de entorpecentes” (como constava da redação original do art. 281, CP), faz claramente parte da estratégia de construção do estereótipo necessário à demonização do vendedor de drogas ilícitas: ele não pode ser visto como um “comerciante”, devendo ser reduzido a um reles “traficante”. Quanto aos crimes de comércio clandestino ou uso de entorpecentes, partindo do primitivo artigo 281 CP, todas as leis posteriores, tanto do período de 1941-1985 (l. 4.4511/64, DL 385/68, l. 5.726/71, l. 6.368), quanto do período de 1985-2011 (l. 10.409/02, e l. 11.343/06), se dedicaram a expandir continuamente poder punitivo.

A mudança de denominação, quanto aos crimes contra o Estado e contra a ordem política e social (como constava da lei 1.802/53, editada em tempos democráticos), para “segurança nacional” traz implícita duas intenções: **(i)** recorrer à “segurança” é um expediente que facilita discursivamente a criminalização de condutas de perigo até abstrato (ou seja, favorece um *Gefährdungsstrafrecht*), não favorecendo a exigência de uma lesão efetiva ou pontencial concreta – isto propicia uma legislação penal tendente à não-fragmentariedade e uma maximização de exercício de poder punitivo; e **(ii)** o recurso ao adjetivo “nacional” permite a criação de um fator de identidade, de um “grupo-dentro”, que automaticamente torna “contra-nacionais”, torna um “grupo-fora”, aqueles que ousam se manifestar ou, de outra forma, se insurgir contra a política do Estado. Com a distensão da ditadura, as tendências expansivas se invertem, a partir da lei 6.620/78 e, principalmente, com a lei 7.170/83, ainda vigente. No período de 1985 a 2011, não há leis sobre crimes contra o Estado;

²⁸³ P. ex., a lei 7.783/89, nova lei de greve, que revoga a antiga lei 4.330/64, não traz tipos penais incriminando a greve, e a lei 7.170/83 expurga diversas impropriedades das anteriores leis de segurança nacional.

significativamente, a nova lei de greve (l. 7.783/89), ao revogar a antiga lei 4.330/64, não traz tipos penais incriminando a greve.²⁸⁴

b. no período 1941-1985, houve, através de leis extravagantes, a expansão da criminalização a âmbitos que antes não eram atingidos. Essa tendência de expansão da legislação extravagante continuou e até se acelerou no período de 1985 a 2011, com a abrangência de novos âmbitos, e o aumento (por vezes, severo) de penas nos âmbitos já abrangidos.

As ampliações de hipóteses típicas e aumento de penas ou prazos prescricionais em crimes de leis extravagantes ocorrem, p.ex.: **(i)** nos crimes de sonegação fiscal, que a l. 8.137/90 passa a regular, em substituição à l. 4.729/65; **(ii)** nos crimes falimentares, que a l. 11.101/05 passa a regular, em substituição ao DL 7.661/45; **(iii)** nos crimes previdenciários, que passam a ser tratados pela lei 8.212/91 e, depois, pela lei 9.983/00, são incluídos no CP, com penas maiores do que as da lei 3.807/60; **(iv)** os crimes contra a ordem econômica, economia popular, sistema financeiro nacional e mercado de capitais, que estavam contemplados pelas leis 1.521/51, 4.595/64 e 4.728/65, receberam reforços expansivos pelas leis 7.492/86, 8.078/90, 8.137/90, 8.176/90, 9.080/95, 9.613/98, 10.303/01, e 10.701/03; **(v)** nas infrações penais relacionadas ao meio ambiente, as leis 4.771/65, 5.197/67, 6.638/79 e o DL 221/67, que traziam, em regra, contravenções penais, foram reforçadas pelas leis 7.643/87, 7.653/88, 7.804/89, 7.805/89, 9.111/95, 9.605/98 e 11.284/06, que criam crimes; **(vi)** nos crimes eleitorais, as leis 4.737/65 e 6.091/74 são reforçadas, na expansão criminalizante, pela lei complementar 64/90 e pela lei 9.504/97; **(vii)** quanto a crimes relativos a transplante de órgãos, a l. 9.435/97 substitui a l. 5.479/68; e **(viii)** as infrações penais de preconceito e cor, que, na l. 1.390/51, eram contravenções, e passam a ser crimes (leis 7.716/89, 8.081/90, 8.882/94, 9.459/97 e 12.288/10).

Quanto aos novos âmbitos que passam a ser regulados por leis extravagantes no período de 1985 a 2011, estão: os crimes de trânsito (pela lei 9.504/97, que cria novos crimes e aumenta penas, comparativamente com o CP), os crimes de tortura (lei 9.455/97), os crimes relativos a torcidas esportivas (lei 12.299/10), os crimes relativos a esterilização cirúrgica (lei 9.263/96) e a embriões humanos, engenharia genética e clonagem (leis 8.974/95 e 11.105/05), e os crimes relativos a minas terrestres (lei 10.300/01).

²⁸⁴ Houve, todavia, medidas provisórias anteriores à lei 7.783/89, editadas, ainda em 1989, por **José Sarney**, que estabeleciam crimes de greve (MP's 50 e 59) (FRAGOSO C., 2009, pp. 261-2).

c. Quanto aos tipos do Código Penal, nota-se que, entre 1941 e 1985, não há fortes tendências expansivas criminalizantes, nem na Parte Geral, nem na Parte Especial (salvo quanto aos crimes relacionados a drogas, já indicados no item anterior). Entre 1985 e 2011, a expansão criminalizante foi bastante forte em vários pontos das Partes Geral e Especial do Código Penal, especialmente quanto a crimes que envolvem a administração pública ou as relações privadas de trabalho; a crimes patrimoniais com violência à pessoa; a crimes de perigo comum; a crimes que envolvem violência física ou sexual contra a pessoa, ou que, de qualquer modo, são perpetrados contra vítimas consideradas especialmente vulneráveis. As poucas descriminalizações se relacionam com crimes que a revolução sexual tornou obsoletos.

Entre 1941 e 1985, foram editadas vinte e uma leis que, de algum modo, alteraram a Parte Geral ou a Parte Especial do Código Penal. Quanto à Parte Geral, ou quanto a leis extravagantes que trazem dispositivos mais gerais que se aplicam à Parte Especial (e, eventualmente, às normas incriminadoras de outras leis extravagantes), foram editadas, no período de 1941 a 1988, seis leis: quatro leis misturam aspectos redutores e ampliadores de poder punitivo três (leis 1.431/51, 5.467/68, lei 6.416/77 e 7.209/84), e duas exclusivamente ampliam poder punitivo (DL 4.865/42 e lei 6.910/81²⁸⁵). Quanto à Parte Especial, apenas quinze leis, no período entre 1941 e 1985, realizam alguma alteração na literalidade de seus dispositivos: apenas duas leis se dedicam exclusivamente a diminuir poder punitivo (leis 2.505/55 e 6.416/77), uma não altera substancialmente a disciplina anterior, só deslocando para a legislação extravagante (DL 7.903/45) e as demais doze leis se dedicam exclusivamente a aumentar poder punitivo (leis 4.451/64, 4.729/65, 5.346/67, 5.474/68 e 5.478/68, DL 385/68, e leis 5.726/71, 6.368/76, 6.799/80, 6.895/80, 6.898/81 e 7.251/84). Dessas doze leis que aumentam poder punitivo, quatro leis (i.e., um terço) se relacionam com o comércio clandestino de entorpecentes (lei 4.451/64, DL 385/68 e leis 5.726/71 e 6.368/76), e produzem substanciais ampliações de tipos e aumentos de penas — como já se indicou acima; as demais oito leis fazem, sempre, alterações de muito pequena monta.

No período de 1985 a 2011, foram editadas quarenta e uma leis que alteraram a Parte Geral ou a Parte Especial do CP. Doze leis, de algum modo, alteraram a Parte Geral ou que trazem dispositivos mais gerais que se aplicam à Parte Especial: três leis exclusivamente

²⁸⁵ O DL 4.865/42 impede sursis para estrangeiro que esteja temporariamente no Brasil, e a lei 6.910/81 impede a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, no crime de contrabando ou descaminho.

diminuem poder punitivo (leis 9.099/95, 9.268/96 e 10.259/01²⁸⁶), duas leis misturam aspectos redutores e ampliadores de poder punitivo, uma com clara predominância dos primeiros (leis 9.714/98²⁸⁷) e outra no sentido inverso (lei 9.034/95²⁸⁸), e sete exclusivamente aumentam poder punitivo (9.318/98, 9.695/98, 10.741/03, 10.763/03, 11.340/06, 11.464/07, 12.234/10²⁸⁹). Quanto à Parte Especial, foram editadas vinte e nove leis que realizaram alguma alteração, sendo que nenhuma se dedica a exclusivamente diminuir poder punitivo, uma nada altera na prática (lei 9.281/96), cinco mesclam aumentos e diminuições de poder punitivo, sempre com claríssima predominância dos aumentos de poder (leis 9.269/96, 10.268/01, 10.695/03, 11.106/05 e 12.015/09²⁹⁰) e, por fim, vinte e três se dedicam, exclusivamente, a aumentar poder punitivo (leis 8.069/90, 8.072/90, 8.137/90, 8.635/93,

²⁸⁶ A lei 9.099/95, com os benefícios da conciliação civil (art. 72), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), diminui a possibilidade de que, quanto aos delitos a eles aplicáveis, haja uma condenação a pena privativa de liberdade; embora se diga que, na prática, muitos desses casos não chegavam ao Judiciário ou, quando chegavam, redundavam em condenações a penas de multa, ou a penas de prisão suspensas por sursis, não há dúvida de que a intenção da lei foi reduzir poder punitivo. São claramente redutoras de poder punitivo a lei 9.268/96 que impediu a conversão de pena de multa em pena de prisão, e a lei 10.259/01, que expandiu o conceito de “crime de menor potencial ofensivo” (art. 2.º).

²⁸⁷ Esta lei, com muita predominância, reduz poder punitivo, ao permitir pena restritiva de direitos a crimes dolosos com penas aplicadas de até 4 anos (antes o limite era de penas aplicadas até 1 ano), mas cria modalidades de penas restritivas que, antes não existiam, tais como prestação pecuniária e perda de bens e valores, se tornando, neste ponto, ampliadora de poder punitivo.

²⁸⁸ A lei 9.034/95, ao permitir, em casos praticados em organização criminosa, delação premiada (art. 6.º), reduz poder punitivo contra o denunciante, mas aumenta quanto ao denunciado. A obrigação de identificação criminal (art. 5.º) e regime prisional inicial fechado (art. 10) também são marcas de ampliação de poder punitivo.

²⁸⁹ Estas leis ampliaram poder punitivo, porque a lei 9.318/98 agravou pena de crime contra “mulher grávida” (art. 61, II, h, CP), a lei 9.695/98 tornou hediondos os crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (art. 273, caput, e § 1.º, § 1.º-A, e § 1.º-B, CP), a lei 10.741/03 agravou pena de crime contra “maior de 60 (sessenta) anos” (art. 61, II, h, CP), a lei 10.763/03 condicionou, nos crimes contra a administração pública, a progressão de regime prisional à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito (art. 33, § 4.º, CP); a lei 11.340/06 criou a agravante genérica de crime “com violência contra a mulher na forma da lei específica” (art. 61, II, f, CP), a lei 11.464/07 impõe, para progressão de regime prisional, cumprimento de dois quintos da pena, se primário, e três quintos, se reincidente (art. 2.º, § 2.º, I, 8072/90), para evitar que, a partir da decisão do STF no HC 82.959/SP, a progressão se desse de acordo com a regra geral de um sexto, e a lei 12.234/10 aumenta, de dois para três anos, o prazo prescricional dos crimes com pena inferior a um ano e impede que a prescrição retroativa considere o tempo entre os fatos e o recebimento da denúncia (arts. 109, VI, e 110, § 2.º, CP).

²⁹⁰ A predominância dos aumentos do poder punitivo é clara em todas essas leis: a lei 9.269/96 cria a delação premiada, que pode diminuir poder punitivo quanto ao denunciante, mas apenas na mesma medida em que habilita aumento de poder punitivo contra o denunciado; a lei 10.268/01 diminui um pouco, nos crimes dos arts. 342 e 343 CP, a penas das condutas praticadas por suborno e com fins de uso em processo penal, mas inclui o contador com sujeito ativo e cria nova causa de aumento de pena, se a prova for destinada “produzir efeito” em “em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”; a lei 10.695/03 descriminaliza a usurpação de nome ou pseudônimo (art. 185, CP), mas aumenta a pena mínima e prevê novas hipóteses da violação de direito autoral qualificada (art. 184, § 1.º, CP); a lei 11.106/05 descriminaliza a sedução, o rapto mediante fraude, o rapto consensual e o adultério (arts. 217, 219, in fine, 220, 240, CP) e elimina a causa de aumento de pena de ser o agente casado (art. 226, III, CP), mas cria novas qualificadoras de seqüestro (art. 148, § 1.º, CP), causa de aumento para a “mediação para satisfazer a lascívia de outrem” (art. 227, § 1.º, CP) e novas causas de aumento gerais para os crimes sexuais (“madrasta, tio, cônjuge ou companheiro da vítima”, art. 226, II, CP); e a lei 12.015/09 só descriminaliza, em parte, a casa de prostituição (é abolida a modalidade de “lugar destinado a encontros de fim libidinoso”), mas adota, quanto ao mesmo tipo, fórmula mais ampla (“estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, que é mais abrangente do que “casa de prostituição”) (art. 229, CP); de resto, a esta lei aumenta muito penas e/ou amplia e cria tipos penais (art. 213, e §§ 1.º e 2.º, 215, 216-A, 217-A, 218-A, 218-B, 228, 231, §§ 1.º a 3.º, e 231-A, §§ 1.º a 3.º, CP) e cria qualificadora (art. 230, § 2.º, CP).

8.930/94²⁹¹, 9.127/95, 9.426/96, 9.459/97, 9.677/98, 9.777/98, 9.983/00, 10.028/00, 10.224/01, 10.467/02, 10.741/03, 10.763/03, 10.803/03, 10.886/04, 11.035/04, 11.340/06, 11.466/07, 11.923/09 e 12.012/09). As alterações feitas por estas leis que se dedicam exclusivamente a aumentar poder punitivo são, frequentemente, bastante intensas, aumentando bastante as penas e as modalidades típicas de um, alguns ou de vários crimes, e até incluindo novos capítulos inteiros (p.ex., leis 10.028/00 e 10.467/02).

Analiticamente, pode-se dizer que, quanto aos crimes regulados no Código Penal, as tendências de expansão criminalizante, no período de 1985 a 2011, se concentram nos seguintes pontos:

- i.** crimes contra a administração pública: l. 8.137/90 (art. 316, CP), l. 8.666/93 (crimes de licitação), l. 9.127/95 (art. 332, CP), l. 9.983/00 (arts. 313-A, 313-B, 325, §§ 1.º e 2.º, 327-A), l. 10.028/01 (art. 339 e crimes contra as finanças públicas, do CP), l. 10.268/00 (arts. 342 e 343, CP), l. 10.467/02 (arts. 337-B e 337-C, CP), l. 10.763/03 (arts. 33, § 4.º, 317 e 333, CP), l. 11.466/07 (art. 319-A, CP), l. 12.012/09 (art. 349-A, CP);
- ii.** crimes referentes a relações privadas de trabalho: l. 8.683/93 (art. 206), l. 9.777/98 (arts. 203 e 207, CP), l. 10.224/01 (art. 216-A, CP), l. 10.803/03 (art. 149, CP);
- iii.** crimes violentos contra a vida (l. 8.930/94: homicídio qualificado, l. 8.072/90: latrocínio e extorsão qualificada pela morte, p.ex.);
- iv.** crimes contra o patrimônio, direta ou indiretamente ligados a violência: l. 8.072 (extorsão simples e mediante seqüestro), l. 9.269/96 (delação em extorsão mediante seqüestro), l. 9.426/96 (furto e roubos de automóveis, receptação);
- v.** crimes contra a liberdade sexual, com violência ou contra crianças: l. 8.072/90 (estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos), l. 12.015 (inúmeros crimes sexuais);
- vi.** crimes de perigo comum: remédios (leis 9.677/98 e 9.695/98); epidemia e envenenamento de água potável (lei 8.072/90);
- vii.** crimes contra certas vítimas consideradas mais vulneráveis, por homicídios ou lesões corporais: deficientes (l. 7853/89), crianças (l. 8.069/90 e l. 11.829/08), mulher grávida (l. 9.318/98), idosos (l. 10.741/03), conviventes e parentes (l. 10.886/04), conjuge ou convivente (11.340/06).

²⁹¹ Embora esta lei, que se dedica a incluir modalidades de homicídio entre crimes hediondos, não altere a literalidade do art. 121, CP, ela cria uma modalidade hedionda de homicídio simples: “praticado em atividade típica de grupo de extermínio”.

O exame dos pontos aqui indicados (**a**, **b** e **c**) mostra que, no contexto pós-ditadura militar, houve uma grande expansão de criminalização primária, tanto no âmbito do Código Penal, quanto no âmbito das leis extravagantes. As penas foram aumentadas e as modalidades de conduta criminalizada foram alargadas. Este movimento se dá em muitas áreas, sendo difícil pensar, hoje em dia, em alguma área da atividade humana que não seja criminalmente regulada. No Código Penal se percebe, claramente, uma tendência à expansão de punição de crimes contra a administração pública²⁹², contra as relações de trabalho e crimes que envolvem violência (seja contra a pessoa ou contra a integridade corporal, seja contra a liberdade sexual), ou que sejam perpetrados contra vítimas especialmente vulneráveis.

Este movimento de expansão da legislação penal não é exclusividade brasileira. Em muitos países se observa o mesmo fenômeno: p.ex., nos Estados Unidos da América, onde há legislação penal federal e estadual, começa-se a falar em overcriminalization. **Douglas Husak**, que escreveu livro específico sobre o assunto, chega a dizer que: “ninguém parece preparado a estimar o número de leis penais que hoje existem nos Estados Unidos. Este fato, por si só, é motivo para alarma” (2008, p. 9).

Também na Alemanha, muitos autores indicam essa tendência expansiva. **Volker Krey** afirma:

“apesar dessa concepção da proibição de excesso, parece-me que o espírito do tempo incentiva bastante apenação e agravamento de penas. Infelizmente, o legislador seguiu crescentemente este espírito do tempo. Isto é estranho do ponto de vista jurídico-constitucional, e inteiramente tolo, do ponto de vista político-crimeal” (2008, pp. 10-11).

Joachim Vogel lembra que, desde os anos 1970, há tendências de expansão, nas modalidades e das escalas de pena, com medidas de prevenção e exclusão, confisco, desqualificação e sanção contra indivíduos, e chega a afirmar que “[nesse] contexto, muitas expansões de proveniência nazista não parecem ofensivas aos critérios da política criminal atual” (2004, p. 52). O mesmo ocorre na Espanha, levando **Jesus-María Silva-Sanchez** a afirmar: “vivemos tempos de direito penal” (2009, p. 14).

Criminalizar — como diz **Pastana** — é expediente fácil para garantir o sucesso das políticas liberais adotadas (2007, p. 320). Aplacar o sentimento de medo exige que sejam editadas leis penais que promovam o perene incremento dos parâmetros **punitivos**, por isso,

²⁹² **Zaffaroni** considera que “a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos dos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que cuasam às economias locais” (2007, p. 64)

há uma necessidade constante de punição mais severa (PASTANA, Os contornos do Estado punitivo no Brasil, 2007, p. 315). Enquanto que no direito penal nazista não havia diferença entre lei e ética, nas sociedades contemporâneas, a legislação penal é vista —bem diz **Klaus Volk** — como a “substituta da ética”(2010, p. 915), e cria tipos cada vez mais frequentes “para todos os casos”, com redações amplas, cuja delimitação racional é transferida para os tribunais (2010, pp. 916-7).

O caráter fragmentário da legislação penal — mencionado por **Binding** — simplesmente não existe mais. Há um movimento claro de transformação do direito penal em um direito administrativo, pois frequentemente os pressupostos de configuração dos tipos penais se resumem a realizar certa atividade “sem licença”, ou “sem autorização” (cf., p.ex., arts. 30, 33, II, e vários outros, da l. 9.605/98), inexigindo sequer perigo concreto para a configuração das infrações penais. Outros exemplos claros estão na criminalização da mera omissão de cumprir certas regras ou atingir certos objetivos, como, p.ex., a omissão de cumprir normas de proteção e segurança do trabalho (art. 19, § 2.º, l. 8.213/91), a omissão de promover a atividade cultural objeto de incentivo do Pronac (art. 40, § 2.º, l. 8.313/91), ou depromover o fomento a atividade audiovisual (art. 10, § 2.º, l. 8.685/93).

Baratta diz que essa administrativização do direito penal (“no sentido da predisposição das normas e decisões penais a tornarem-se acessórios às normas e às funções administrativas”) é um aspecto de um processo de administrativização geral do Estado — o Estado passa a ser um “administrador de riscos” (1994, p. 14). Essa circunstância de que, hoje, há uma tendência a que os tipos penais deixem de exigir perigo concreto é claramente uma conseqüência do medo-pânico, que leva à insegurança causadora do autoritarismo psicológico-social. O direito penal está se transformando, assim, em um direito de evitação de riscos (Gefahrenabwehrrecht), aproximando-se de um direito de polícia (Polizeirecht) (HASSEMER, 2006, p. 143).

As inúmeras leis que aumentam penas com relação a crimes cometidos contra vítimas especialmente vulneráveis mostram que têm razão **Silva Sánchez** e vários outros autores que afirmam que estamos em uma sociedade em que a maioria se identifica com a vítima do delito (2002, p. 50ss). Essa identificação com as vítimas tem, em sua base, uma visão de mundo errônea, autoritária e até prejudicial aos seus próprios defensores, pois se imagina que o poder punitivo que se habilita não será usado contra os “cidadãos de bem”; **Anitua e Bergalli** dizem que, “na realidade, frente às vítimas não se expressa solidariedade, mas sim se as usa como pretexto para aumentar o nível punitivo do Estado” (2003, p. 287).

4.5.2. Vigiar e punir no Brasil: sociedade de controle e grande encarceramento

A busca por segurança, decorrente do medo-pânico do outro e do aprofundamento das diferenças sociais, tem levado a que sejam intensamente exercidos os poderes postos à disposição do sistema penal, que são o poder de vigiar e o poder de punir. É precisamente por causa do discurso do medo “que seria justificada a investigação dos comportamentos dos outros, para controlá-los, para eliminá-los” (ANITUA G. I., *Histórias dos pensamentos criminológicos*, 2008, p. 787), levando a uma “sociedade de controle” e ao fenômeno do “grande encarceramento”.

A “sociedade de controle” começa a surgir, paulatinamente, na esteira dos progressos tecnológicos e do aprofundamento das diferenças sociais. Desde o fim da ditadura militar, as possibilidades de vigilância, por parte das agências do sistema penal, cresceram absurdamente: interceptações telefônicas, escutas ambientais, uso de agentes infiltrados, ampliação jurisprudencial das possibilidades de violação de domicílio, restrição de sigilos, diversificação de medidas cautelares pessoais, etc. Vivemos hoje uma cultura do controle que —como indica **Garland**— é absolutamente insaciável; a titânica cultura do controle preconiza que “a presença estatal nunca será suficiente” (2008, p. 374), constituindo, assim, combustível inesgotável para o pretexto de exercício de poderes de vigilância. Frequentemente, a vigilância é exercida autoritariamente, seja à margem ou além da lei, seja seletivamente contra indivíduos que correspondem a estereótipos.

As interceptações telefônicas, admitidas pela lei 9.296/96 como um dispositivo supostamente excepcional (cf. art. 2.º, II), tornaram-se generalizadas. Inúmeras notícias de jornal dão conta da quantidade assombrosa de interceptações telefônicas; o exame da realidade prática confirma que a interceptação telefônica se transformou no primeiro meio de investigação criminal, mesmo que as apurações pudessem ser eficazmente realizadas por outro meio menos invasivo da intimidade. As permissões, jurisprudencialmente admitidas, de renovações sucessivas e quase automáticas de períodos de interceptação telefônica claramente divergem, com ginásticas hermenêuticas²⁹³, da interpretação mais natural da leitura do art. 5.º (que leva à conclusão de que só é cabível uma renovação). Embora o art. 9.º indique que será

²⁹³ O STF tem afirmado que “o tempo das escutas telefônicas autorizadas e o número de terminais alcançados subordinam-se à necessidade da atividade investigatória e ao princípio da razoabilidade, não havendo limitações legais predeterminadas” (HC 106.244/RJ, Min. Cármen Lúcia, j. 17.05.11)

inutilizada “a gravação que não interessar à prova”, e o art. 2.º, III, diga que só cabe interceptação por crime punido com reclusão, “o Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5.º, XII e LVI, o uso da prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção” (2.ª Turma, AI 626.214 AgR/MG, rel. **Min. Joaquim Barbosa**, j. 21.09.10).²⁹⁴

Interceptações ambientais, cuja admissibilidade como prova foi introduzida pela lei 10.217/2001 (cf. art. 2.º, IV, da lei 9.034/95, que trata do controvertido conceito de “crime organizado”), têm sido realizadas mesmo fora dessa restrita hipótese, o que constitui clara manifestação de autoritarismo. Em recente operação policial em Teresópolis/RJ (proc. 2008.061.09184-5), que não se referia a crime organizado, o MM. Juízo determinou “escuta ambiental” nas celas das pessoas submetidas a prisão temporária. O próprio STF, no Inq. 2.424/RJ, estendeu essa possibilidade de escuta ambiental a “ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo” (Pleno, Min. Cezar Peluzo, j. 26.11.2008).

Nessa mesma decisão, o STF introduziu uma distinção inovadora entre domicílio comercial e domicílio residencial, passando a permitir que o domicílio comercial (no caso, tratava-se de um escritório de advocacia) seja violado à noite, para cumprir ordem judicial (no caso, tratava-se de ingresso para instalação de equipamento de captação de sinais óticos e acústicos) — ou seja, domicílios comerciais passam não mais deter proteção noturna contra entradas judicialmente determinadas. Nas favelas, a violação de domicílio se faz de modo ainda mais desabrido: sob o argumento de que seria impossível especificar as casas em que os traficantes poderiam se esconder e para garantir o sucesso das buscas, são muito comuns as expedições de mandados de busca e apreensão genéricos, abrangendo áreas inteiras — isto não ocorre, evidentemente, nas áreas nobres das cidades.

Embora, ao impedir, em regra, prisão preventiva em casos em que a pena cominada ao crime é igual ou inferior a quatro anos (art. 313, I, CPP), a lei 12.043/2011, seguindo a tendência a ampliar as possibilidades de controle e vigilância, alargou extraordinariamente as possibilidades de imposição de “medidas cautelares” aos acusados em processo penal (cf. art.

²⁹⁴ Recentemente, em decisão claramente autoritária, por violação clara ao art. 5.º, XII, da Constituição Federal, a 3.ª Turma do STJ, relator o Min. Sidnei Beneti, admitiu interceptação telefônica em causa cível (HC 203.405/MS).

319, CPP).²⁹⁵ Resta saber como os juízes criminais aplicarão estas medidas cautelares, que, evidentemente, não podem constituir regra geral para todos os acusados em processo penal.

Sob argumentos ligados à segurança e à investigação criminal, têm sido realizadas, ainda, diversas violações a prerrogativas profissionais da advocacia, que, em última análise, são erigidas em favor dos direitos individuais, e não como privilégios pessoais dos advogados. Um dos exemplos atuais mais candentes de autoritarismo que atinge o exercício da defesa em processo criminal está na violação do sigilo das comunicações entre advogado e constituinte; no ano de 2010, surgiram diversas notícias de jornal que davam conta da instalação de dispositivos de gravação das conversas entre advogados e presos. Esta gravação viola claramente o direito, instituído no art. 7.º, III, L. 8.906, de 1994, de comunicação “pessoal e reservada” entre advogados e constituintes.

Medidas de vigilância inteiramente ilegais também têm grassado no sistema penal brasileiro. O “toque de recolher”, procedimento realizado inteiramente à margem da lei, tem sido bastante comum em comunidades carentes (BRITO, 2010, p. 12) e em cidades do interior. Essa pretensão vigilância constante e crescente conduzirá a uma aniquilação completa da intimidade individual. Como diz **Reale Junior**, não pode haver a pretensão de se instituir, por meio do Direito Penal, uma sociedade sem crime, pois instalar-se-ia o mais tenebroso totalitarismo, o domínio dos homens pelo Grande Chefe, registrando todas as condutas em todos os momentos, uma sociedade policialesca de submissão total graças à visibilidade da vida cotidiana dos homens, razão pela qual é essencial que existam limites à interferência do controle da sociedade, pois conforme tenho repetido o preço da liberdade é o eterno delito (2002, p. 11).

Outro aspecto importante da cultura do controle é o uso desenfreado do denunciismo, que é implantado pelas polícias comunitárias, pelo disque-denúncia e pela delação premiada. Essa premiação do denunciismo acarreta, como bem anota **Leandro Nunes**, “um grande dano

²⁹⁵ O artigo 319 está assim redigido: “ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.”

à formação ética da população” (2011, p. 214), que passa a ser ensinada que ser dedo-duro é conduta eticamente correta. Há, neste ponto, uma total inversão do estatuto ético que vigorava há até poucos anos atrás: o de que o delator era pessoa imoral; tudo isto ocorre em nome da cultura do controle.

Vive-se hoje, de outro lado, um claro fenômeno de “grande encarceramento”: a proporção de pessoas presas subiu assombrosamente em 40 anos. Na primeira metade da década de 1970, não se podia prever que este “grande encarceramento” estava por vir; ao contrário, havia consenso com relação à falência do sistema prisional, mesmo com os fantásticos investimentos que, àquela época, os países ricos já haviam feito. Para um observador do início dos anos 1970, era muito mais provável que houvesse uma redução do sistema prisional; **David Rothman**, em 1971, dizia: “estamos gradualmente fugindo de respostas institucionalizantes, e pode-se prever o tempo em que o encarceramento será ainda mais raramente do que hoje”. O relatório final da americana National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals sugeria, em 1973, que “não devem ser construídas novas instituições para adultos e as existentes instituições para jovens devem ser fechadas” e concluía “a prisão, o reformatório e a cadeia só atingiram um chocante registro de fracasso”(MAUER, 2001, p. 4). **Michel Foucault** dizia, nos anos 1970, que “sabe-se que a prisão não reforma, mas fabrica a delinqüência e os delinqüentes” (2003, p. 136). No V Congresso da ONU de “Prevention of Crime and the Treatment of Offenders”, ocorrido no início de setembro de 1975 em Toronto, Canadá, já se admitia, com clareza de sol mediterrâneo (valha-nos, aqui, a bela expressão de **Nelson Hungria**), que “o problema da prisão é a própria prisão”.

Esse movimento de recrudescimento do sistema penal se inicia na segunda metade dos anos 1970, nos Estados Unidos (GARLAND, A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea, 2008, p. 171); ou seja, precisamente quando já se tinha a idéia clara da falência desse sistema. Não foi uma política proposta, pesquisada, debatida e democraticamente acordada (GARLAND, Introduction, 2001, p. 2), foi, ao contrário, sendo paulatinamente instilada, junto com os discursos de segurança e de medo. Mudanças na cultura política nos EUA tornaram o medo do crime uma questão obsessiva e prioritária para a política e reflete um tipo de individualismo que encontra pouco fundamento (SIMON, 2011, p. 15 e 25).

Desde a mudança de paradigma de Estado social para um Estado neoliberal, ensejado por crises econômicas que atingiram as elites (e que têm como marco importante a crise do

petróleo de 1973), os sistemas penais de vários países centrais passaram a experimentar um fenômeno de agigantamento. A expansão do sistema penal, em substituição ao sistema de previdência social, levou a uma aceleração na produção de leis penais (da qual se tratou no item 4.5.1, supra) e a uma intensificação da criminalização secundária, com a aplicação de penas de prisão mais graves e longas. Tal fenômeno tem sido chamado, nos Estados Unidos da América, de “mass imprisonment” e, no Brasil, de “grande encarceramento”.²⁹⁶ **Garland** diz que esse é um fenômeno patológico, que não encontraria paralelo no mundo ocidental (2001, p. 1); na verdade, essa afirmação é imprecisa: como se viu (item 3.5.1), a sociedade alemã nazista também teve o seu mass imprisonment.

O endurecimento do Estado no que toca à concessão de benefícios sociais e frente a imigrantes e a outros grupos marginalizados seria acompanhada de um endurecimento com quaisquer desordens ou com crimes, num crescente clima conservador (MAUER, 2001, p. 9).²⁹⁷ **Beckett e Western** dizem que a política social e a política criminal se tornaram mais punitivas, e que os desenvolvimentos dessas políticas (social e criminal) estão ligados, pois se reconduzem à governança da marginalidade social (2001, pp. 35-6).

De fato, o regime de governança da marginalidade social varia de acordo com seu compromisso de inclusão social ou de exclusão social. Regimes inclusivos tendem a enfatizar a necessidade de melhorar e de integrar aqueles socialmente marginalizados e tendem a colocar mais ênfase nas causas sociais da marginalidade; esses regimes são, portanto, caracterizados por programas de bem-estar mais generosos e políticas anti-crime menos punitivas. Regimes exclusivos enfatizam a natureza irreformável e não merecedora dos desviantes, tendendo a estigmatizá-los e a separar os socialmente marginais, e, portanto, são mais propensos a querer benefícios de bem-estar menos generosos e políticas anti-crime mais punitivas (BECKETT & WESTERN, 2001, p. 36). Assim, concluem **Beckett e Western**, a diminuição de gastos de welfare não são apenas um indicativo de uma mudança em direção a uma intervenção reduzida do governo na vida social, mas sim de uma mudança para uma abordagem mais excludente e punitiva para a regulação da marginalidade social (2001, p. 47).

²⁹⁶ A respeito, vide, quanto aos EUA, livro organizado por **David Garland**, *Mass Imprisonment: social causes and consequences*, ed. Sage, Londres, 2001, e quanto ao Brasil, livro organizado por **Pedro Vieira Abramovay e Vera Malaguti Batista**, *Depois do grande encarceramento*, ed. Revan, Rio de Janeiro, 2010.

²⁹⁷ Complementarmente, **Mauer** considera que abordagens mais coletivas a problemas sociais estão menos internalizadas à cultura política americana (eles são, p.ex., o único país sem sistema universal de saúde); é mais simples pensar em soluções individualistas (de punição) do que abordar fatores sociais subjacentes ao crime (*The causes and consequences of prison growth in the United States*, 2001, p. 9).

Há, é bem verdade, outras linhas explicativas para a mass incarceration. **Mathiesen**, por exemplo, considera que a televisão teve influência importante no aumento do encarceramento, por influenciar, com suas imagens poderosas, o sentimento de medo, ressaltando, todavia, que “isto não é parte de uma manipulação consciente, por parte do pessoal da televisão, para criar uma específica imagem do crime, mas uma questão da aderência do crime a critérios-padrão do que é merecedor de ser noticiado no espaço público da televisão e no mercado” (2001, p. 29 e 31). **Jonathan Simon** vê, de outro lado, explicações internas ao próprio sistema penal: uma crescente integração das agências do sistema penal em um sistema mais transparente e interativo introduziria, nesse sistema, um forte elemento de reflexividade, que, por sua vez, produz fortes pressões internas para crescimento (2011, p. 15).

Essas outras correntes, conquanto os fatores por elas citados não sejam desprezíveis, não explicam, de fato, o cerne do mass imprisonment; explicam, no máximo, algum aumento, mas não o vultoso incremento ocorrido nesses 40 anos. Para refutar tais correntes, basta ver que não há mass imprisonment em diversas outras sociedades em que há idêntica penetração da televisão, e em que há idêntica integração entre as agências do sistema penal. É, p.ex., o caso do Canadá, que tem uma taxa de encarceramento seis vezes menor do que a dos EUA; **Nils Christie**, avaliando precisamente essa discrepância entre norte-americanos e canadenses, indica que a diferença favorável ao Canadá parece radicar no fato de que este ainda é um welfare state:

“O Canadá é simplesmente um welfare state. Eles têm tudo — pensão para velhos, seguro de saúde, licença paternidade e maternidade, benefícios de desemprego. [...] Usar o sistema penal como uma alternativa funcional ao sistema de welfare não parece ser uma opção importante na sociedade canadense” (2004, p. 59).

A mass imprisonment também não se explica por uma maior prática de delitos. **Loïc Wacquant**, pioneiro nesse estudo, diz claramente que: “Não foi tanto a criminalidade que mudou no mundo atual, mas sim o olhar que a sociedade dirige para certas perturbações da via pública” (2007, p. 25). **Blumstein** e **Beck** documentam que 88% do mass incarceration se explica por mudanças políticas na imposição de punição (maior adoção de penas de prisão, e de penas maiores), e apenas 12% pelo aumento de crimes (MAUER, 2001, p. 6). **Nils Christie** diz que “são as decisões político-culturais determinam a estatística carcerária e não o nível ou evolução da criminalidade. Essas decisões exprimem e definem ao mesmo tempo a que sociedade escolhemos pertencer” (2002, p. 93). E **Pastana** também: “o aumento do

encarceramento não tem, portanto, relação direta com o aumento das práticas criminosas, mas sim com o aumento dos miseráveis, totalmente excluídos do mercado de trabalho” (2007, p. 319)

É precisamente nos EUA, berço do neoliberalismo e auto-proclamada “maior democracia do mundo”, que o mass imprisonment tem sua expressão mais dramática: eram, no fim de 2009, 743 presos para cada 100 mil pessoas.²⁹⁸ Essa taxa é quase sete vezes maior do que era em 1972, pois, como informa **Garland**, até aquele ano, a taxa média americana de encarceramento no século XX gravitava em torno de 110 para cada 100 mil pessoas (2001, p. 1). O quadro a seguir mostra a evolução do encarceramento nos Estados Unidos da América:



Como lembra **Anitua**, com esses números, os EUA, suposta vanguarda democrática, se assemelham à Rússia, que tem conhecida política criminal autoritária (2005, p. 477). Cerca de 1% da população americana está atrás das grades. Se se considerar, ainda, a quantidade de americanos que se encontram sob o regime de parole ou probation, chega-se a 3% (três por cento) da população americana; em números de 2000, quase seis milhões de pessoas (BECKETT & WESTERN, 2001, p. 35). **Wacquant** diz que, se fosse uma cidade, o sistema penitenciário americano seria a quarta metrópole do país (apud PASTANA, 2007, p. 319).

²⁹⁸ Segundo dados do International Centre for Prison Studies, vinculado à Universidade de Essex, cf. <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpbcountry.php?country=190>

Esse aumento se deveu, primordialmente, à “guerra contra as drogas” (cuja verba entre 1981 e 1999 cresceu 11 vezes), hoje subsidiada pela “guerra contra o terror”. **Anitua** diz que a questão das **drogas** era o cavalo de batalha; não se discutia a complexidade do problema(2005, p. 476). A luta contra as drogas, um produto dessa prioridade política de luta contra o crime, produziu um suprimento quase ilimitado de infratores passíveis de prisão (SIMON, 2011, p. 15).²⁹⁹

Foi uma nova forma — continua **Anitua** — de encontrar perigos (e, com isso, novas soluções) e de selecionar determinados sujeitos, negros, pobres, jovens, sem necessidade de que cometessem condutas tradicionalmente qualificadas como delituosas(2005, p. 476). De fato, todos os autores confirmam a alta seletividade racial do encarceramento americano, cf. nota de rodapé n.º 272, supra. É muito mais fácil, bem diz **Nils Christie**, punir aqueles com os quais temos pouco em comum, ou não conhecemos em qualquer sentido pessoal; e **Mauer** nota que, quanto mais estratificada a sociedade, mais fácil para que a elite advogue maior punição para os menos afortunados (MAUER, 2001, p. 9).

No Brasil, houve, por igual, um aumento assombroso da taxa de encarceramento. Recente editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (março de 2011) aborda este aumento:

“Em 1994, o Brasil tinha cerca de 129.000 presos (índice de 88 presos por 100 mil habitantes). No final do ano passado, o Brasil chegou aos 500.000 presos (261 presos por 100 mil habitantes). A população brasileira (147.000.000 de habitantes em 1994) evoluiu cerca de 29% (191.000.000, em 2010), segundo dados do IBGE, enquanto a população carcerária chegou a um incremento de 390%!” (2011, p. 1).

Vejamos os dados disponíveis no Ministério da Justiça³⁰⁰:

²⁹⁹ No Reino Unido, outra “antiga democracia”, a taxa de encarceramento praticamente duplicou entre 1975 e 2005: passou de 40 mil pessoas para 80 mil pessoas, enquanto que a população cresceu apenas 10% (CAVADINO & DIGNAN, 2007, p. 15).

³⁰⁰ Os dados apresentados nesta tabela foram obtidos no site do Min. da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. Consulta em 10.07.2011.



Os autores brasileiros também compreendem que o “grande encarceramento” decorre da exclusão social decorrente da adoção do modelo capitalista neoliberal. **Pedro Vieira Abramovay** afirma que:

“a ideologia neoliberal cria um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por este modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas” (2010, p. 24).

Vera Batista fala em uma relação simbiótica entre o paradigma econômico neoliberal e o Estado penal (2010a, p. 35). **Zaffaroni** considera até que o sistema penal se converteu em um fator de redução da taxa de desemprego ou mesmo em condição de plena ocupação (2007, p. 61)

O grande encarceramento se deve também à, em geral, extrema punitividade dos juízes criminais brasileiros no que toca a crimes patrimoniais com violência ou grave ameaça. Pastana narra que há “24.619 condenados por roubo cumprindo pena em regime fechado no Estado (23,56% do total de 104.488 presos, para 79.629 vagas). Roubo, que não é crime hediondo, não exige, portanto, a condenação direta ao regime fechado, no entanto, só 4.519 (18%) estavam em regime semi-aberto” (2007, p. 325). Diante desse quadro de grande encarceramento, não se compreende a afirmação de **Alexandre Araripe Marinho** de que “o direito penal não é mais o bicho-papão de outrora, quando era fundado, rígida e quase

exclusivamente na pena privativa de liberdade” (2009, p. 207); ao contrário, lamentavelmente, o direito penal é hoje mais bicho-papão do que nunca.

Inúmeros autores contestam que o “grande encarceramento” leve à diminuição da criminalidade (MAUER, 2001, p. 7). Ao contrário, o grande encarceramento reduz o orçamento estatal para outras despesas, leva à alienação de setores inteiros da população, à normalização da experiência da prisão e à transferência da cultura da prisão para a comunidade, e traz conseqüências criminógenas para os egressos, suas famílias e filhos. Particularmente preocupante é o modo como a exclusão penal tem sido acrescentada no topo de camadas de exclusão econômica e racial, fazendo com que se aprofundem as divisões sociais, e a sub-classe criminalizada é criada e perpetuada sistematicamente (GARLAND, Introduction, 2001, p. 2).

Ainda não há, no horizonte de uma economia neoliberal excludente, saída para este preocupante avanço do Estado penal. Essa calamitosa situação somente começará a mudar se se alterar o atual paradigma de tratamento penal de problemas sociais, e de incitação de medo na população. **Rusche** e **Kirchheimer** já haviam dito isto há mais de 70 anos, mas ainda não se ouviu: “a futilidade de punições severas e de tratamento cruel pode ser provada mil vezes, mas enquanto a sociedade for incapaz de resolver seus problemas sociais, a repressão, a saída fácil, será sempre aceita. Ela provê a ilusão de segurança, cobrindo os sintomas da doença social com um sistema de julgamentos de valores morais e legais” (2008, p. 207).

4.5.3. Autoritarismo no processo penal brasileiro: o caso da prisão preventiva

A estreitíssima ligação do direito processual penal com o exercício de poder pode ser bem aquilatada pela lição de **Roxin** e **Schünemann** de que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição” (2009, p. 8). No instante em que pulsões autoritárias se manifestam no campo do direito, é provavelmente no processo penal que elas primeiro assomam e se corporificam, pois o direito processual penal reflete, como nenhum outro, a situação política de um estado (PFEIFFER, 1993, p. 14).

O processo penal, na medida em que regula os embates entre a autoridade pública e o particular em torno do exercício de poder punitivo, é um campo fértil para manifestações autoritárias. Encurtamento desmedido de procedimentos, desrespeito a formas essenciais a atos processuais, violação de igualdade entre as partes, restrição de direitos de defesa, imposição de prisões processuais inteiramente desnecessárias etc; são muitas as maneiras

pelas quais o autoritarismo pode se manifestar, e efetivamente se manifesta, no processo penal. A abordagem de todas as manifestações autoritárias no processo penal contemporâneo levaria a grande ampliação deste trabalho.

Assim, pelos mesmos motivos indicados no início do item 3.5.3, supra, e mais pelo fato aterrador de que hoje há, no Brasil, mais de 200 mil pessoas presas sem culpa formada (o que representa cerca de 44% do total de meio milhão do contingente carcerário brasileiro), decidiu-se restringir a análise da repercussão do autoritarismo à prisão processual (GOMES, MARQUES, BIANCHINI, CUNHA, & MACIEL, 2011, p. 15).³⁰¹ A disciplina legal e a prática da **prisão preventiva** no Brasil constituem, certamente, uma das mais claras manifestações de autoritarismo punitivo, por vários motivos.

A prisão processual, no Brasil atual, pode ser prisão em flagrante (art. 302, CPP), prisão preventiva (art. 312, CPP) e prisão temporária (art. 1.º e seguintes, da lei 7.960/89). Na medida em que a prisão em flagrante só deveria ser mantida se estiverem presentes requisitos da prisão preventiva (hipótese em que é convertida em preventiva, cf. art. 310, II, CP, na redação da lei 12.403/11), chega-se à conclusão de que há duas disciplinas legais para a prisão cautelar no Brasil: a da prisão preventiva (que se aplica à manutenção da prisão em flagrante), e a da prisão temporária.³⁰²

A prisão preventiva, no Brasil, é possível se estiverem presentes “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, e um dos seguintes fundamentos: “como garantia da ordem pública”, “como garantia da ordem econômica”, “por conveniência da instrução criminal”, ou “para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312, CPP). É facilmente perceptível o autoritarismo intrínseco a esses dispositivos que trazem os “fundamentos” da prisão preventiva, eis que tais cláusulas legais são demasiadamente abertas, dando livre curso ao abuso de poder na decretação de prisões preventivas.

Ordem pública é conceito inteiramente fluído, sem densidade normativa alguma, que pode ser facilmente moldado para justificar as prisões mais absurdas. Requisitos que referem “garantia da ordem” constituem verdadeiros cheques em branco, dados pelo legislador ao juiz, para que imponha, a seu bel prazer, o encarceramento de presumidos inocentes. As muitas interpretações desse conceito “ordem pública” na jurisprudência da prisão preventiva

³⁰¹ Quanto à Alemanha, **Roxin** e **Schünemann** informam que a prisão preventiva cresceu cerca de 40% desde 1990, e que 80% dos mandados de prisão se fundam em “perigo de fuga”, embora muito poucos acusados realmente tentem fugir (Strafverfahrensrecht, 2009, p. 218).

³⁰² Não esqueço, aqui, da prisão da extradição, da qual, todavia, não tratarei. Também não será aqui tratada a prisão temporária.

mostram o leque de opções aberto ao juiz. Muitas vezes, reputa-se em perigo a ordem pública no caso de “periculosidade do agente”, ou de “clamor público”, ou de “gravidade do crime”, ou, ainda, de ameaça à “tranqüilidade social” ou à “credibilidade da justiça”. O uso de um conceito tão fluido e tão aberto como “ordem pública” permite que se invoque qualquer argumento para prender alguém (VASCONCELLOS, 2010, p. 207).

Victoria Sulocki, em recente tese de doutorado que estudou, comparativamente, as fundamentações de prisões preventivas pelo TJRJ, em dois períodos recentes: (i) 1996 e 1997; e (ii) 2006-2007. Relativamente ao primeiro período, **Victoria Sulocki** verificou que as expressões “periculosidade do agente” e “gravidade do delito” foram usadas quinze vezes mais em 2006-2007 (2010, p. 122). Nos acórdãos estudados verificou-se que os juízes têm se mostrado altamente permeáveis à argumentação de que o clamor social exige resposta do Poder Judiciário, que passa a funcionar como “um órgão administrativo de segurança, defesa da sociedade, e não mais como um Poder independente com a atribuição de dirimir conflitos em torno de bens jurídicos protegidos pelo direito penal” (2010, p. 124). **Miguel Wedy** também observa, com razão, que, no Brasil, a “prisão para garantia da ordem pública está prodigalizada como uma panacéia para curar a ânsia de segurança do povo” (2006, p. 163).

A gravidade do crime não pode nunca ser usada como argumento para a prisão preventiva, sob pena de violação clara ao princípio da presunção de inocência (NICOLITT, 2006, p. 120). Na Alemanha, existe explicitamente esse fundamento da prisão preventiva (Schwere der Tat), em um rol específico de crimes, que vem sendo ampliado paulatinamente (em 1976 e 1994, p.ex.). Em 1967, **Eberhard Schmidt** já dizia que uma causa de prisão que resultaria imediatamente do fato criminoso objeto de suspeita abandona evidentemente a ideia básica do direito sobre prisão e liberdade e levanta dúvidas quanto a sua constitucionalidade (1967, p. 118). Parte da doutrina (v. ROXIN & SCHÜNEMANN, 2009, p. 220) e o Tribunal Constitucional buscam restringir tal possibilidade, exigindo, mesmos nesses casos de gravidade do crime, a presença de perigo de fuga ou perigo de destruição de provas. **Roxin** e **Schünemann** ainda dizem que se bastasse a gravidade do fato o “fundamento (inominado) da prisão seria novamente, como no Terceiro Reich, o clamor da população” (2009, p. 220).

Invocar a periculosidade do agente como meio de determinar a prisão preventiva é sempre um expediente que propicia autoritarismo, eis que tal invocação é frequentemente fundada em pensamentos estereotipados acerca do agente. É muitíssimo comum que a folha de antecedentes criminais (ainda que o acusado jamais tenha sido condenado) seja o motivo latente, apócrifo, para a decretação da prisão preventiva. Mesmo aqueles autores que não

admitem aumentar a pena de prisão pela existência de tais anotações sem condenação, usam outro critério quando se trata de prisão preventiva; **Nucci** admite explicitamente critérios diversos:

“para efeito processual penal, preferimos a primeira posição [i.e, tudo o que consta na folha de antecedentes do réu é maus antecedentes]. Afinal, para decretar uma medida cautelar, como a prisão preventiva — que não é antecipação de pena —, é curial analisar se o réu é perigoso para a sociedade, de modo a permanecer detido durante o processo. Exemplificando, uma pessoa acusada de roubo, que tenha outros processos em andamento pelo mesmo fato, não deve ficar em liberdade, colocando ainda mais em risco a ordem pública” (2011, p. 469)

Análogo, mas certamente mais estreito do que a “ordem pública”, é o fundamento legal, previsto na Alemanha atual (e cuja origem remonta à época nazista, embora tenha sido revogado em 1950 e reintroduzido em 1964) do “perigo da repetição” (Wiederholungsgefahr). **Eduard Kern**, em 1967, se mostraria bastante crítico: “esse fundamento de prisão é exigido especialmente pelas mães; esse fundamento representa um corpo estranho”, e informa que o Bundesverfassungsgericht reputa constitucional o dispositivo precisamente porque pretende garantir proteção a um círculo especialmente valioso da população frente a perigos ameaçadores (KERN, 1967, p. 133). Mais recentemente, **Klaus Volk** também considera, com toda a razão, que a prisão processual por “perigo de repetição de condutas criminosas” é alheia ao sistema, é uma prisão de segurança, que não serve ao processo penal, mas sim como medida preventiva de tipo policial para proteção da sociedade frente a outros fatos puníveis de agentes perigosos (2010, p. 59).

O fundamento da “conveniência da instrução criminal”, previsto no art. 312, CPP, peca, desde o início, pelo uso do termo “conveniência”. Ora, a prisão de alguém não pode ser questão de mera conveniência, mas sim de “demonstrada indispensabilidade”. A prisão só deveria ser possível por “indispensabilidade demonstrada para a instrução criminal”. Falar em mera conveniência permite o surgimento de “interpretações” no sentido de que o acusado pode ser preso se criar inconveniências para o bom andamento do feito (como, p.ex., falta a audiências por compromissos concomitantes, ou reside fora da sede do Juízo da causa).

Pouco tratados na doutrina são as hipóteses — não infrequentes — de invocação de “fundamentos apócrifos” para a decretação da prisão preventiva (Apokryphe Haftgründe), que muitas vezes são as “verdadeiras razões secretas para a prisão” (MÜNCHHALFEN & GATZWEILER, 2002, p. 55). **Gaby Münchhalfen** e **Norbert Gatzweiler**, autores alemães que reescreveram o conhecido livro de **Theodor Kleinknecht** e de **Georg Janiscowsky** sobre prisão preventiva, ressaltam um expediente que constitui marca clara de autoritarismo na

decretação de prisão preventiva: por trás dos fundamentos explícitos e legais, os juízes são animados por fundamentos extralegais, cuja ilicitude é evidente, tais como “forçar a obtenção de uma confissão ou de uma acusação contra um co-réu”, “facilitar ou simplificar as investigações”, “garantia de que o acusado comparecerá aos atos processuais”, “satisfazer a mídia”, etc. **Roxin e Schünemann** chega a dizer que a resistência, por parte de algumas agências do sistema penal, em substituir a prisão preventiva por monitoramento eletrônico (que eles defendem),

“fortalece a suspeita de que, na prática, dominam fundamentos apócrifos e, por isso, ilegítimos de prisão (obtenção de uma confissão ou de declarações contra co-réus, ou de um acordo com a acusação, ou para facilitação das investigações, para intervenção de crise, por pressão da opinião pública, ou como concessão aos agentes da investigação), o que marca um escândalo no Estado de Direito” (2009, p. 219).

A invocação de fundamentos apócrifos para a prisão preventiva é um claro abuso autoritário que também ocorre no Brasil. É muito comum condicionar a revogação de prisões preventivas à tomada de depoimentos dos acusados — aqueles que se negam (diga-se, de passagem, usando um direito constitucional). Na Operação Navalha, p.ex., o Superior Tribunal de Justiça manteve as prisões dos investigados porque eles se recusaram a prestar depoimento, o que constituiu claro autoritarismo; os presos tiveram de impetrar habeas corpus ao STF, que concedeu a ordem, ressaltando expressamente que este tipo de prisão constitui exemplo de Estado Policial e que

“na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva” (2.^a Turma, rel. Min. **Gilmar Mendes**, HC 91.414/BA, j. 11.03.2008).

A invocação da credibilidade da Justiça e das instituições para a decretação de prisão preventiva, que é usado em inúmeros casos de repercussão midiática (como, p.ex., no caso do juiz **Nicolau dos Santos Neto**), é também um argumento claramente apócrifo (WEDY, 2006, p. 166); o que se tem, aqui, é um justicamento antecipado.

4.6. Idéias-chave do sistema penal brasileiro: segurança cidadã, vontade de punir e populismo punitivo

No capitalismo neoliberal globalizado de Estado social mínimo, o mais importante, indelegável³⁰³ serviço do Estado é a instituição de um sistema penal que logre conter os fatores de risco para a estruturação sócio-econômica funcional para este tipo de sociedade. Nesse contexto, duas são as funções mais importantes que devem ser desempenhadas pelo sistema penal: segurança e eficiência. Não se pode dizer que sejam funções latentes, pois, hoje em dia, estão mais do que declaradas (são, portanto, funções manifestas); a latência reside apenas na predominância que é dada a essas funções. As demais funções sociais atribuídas ao direito em especial e ao direito penal (ressocialização, justiça da punição, etc.) ficam eclipsadas pelos discursos de segurança e de eficiência.

A teoria de **Niklas Luhmann**, não por acaso adotada pelo funcionalista **Günther Jakobs**, é precisamente a de que o direito deve ter como função social garantir “segurança”: o direito seria um mecanismo de redução de complexidade social que deve possibilitar expectativas sobre expectativas comportamentais (cf. item 1.1.2). Esta concepção de **Luhmann** confere enorme abertura ao exercício autoritário de poder, pois a “redução de complexidade social” pode se efetivar (e, em muitos casos se efetiva) precisamente a partir da adoção de modelos estereotipados de pessoas e de condutas — assim, o direito passa a ser um fio condutor de autoritarismo psicológico-social.

O Estado da segurança, que é o que existe hoje, é aquele — como diz **Baratta** — onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural (1994, p. 13). A segurança passa a ser, no âmbito econômico, uma mercadoria (ARZT, 1976, p. 38ss) e, no âmbito jurídico, “o” direito fundamental por excelência (SULOCKI, 2010, p. 2), ou um supradireito fundamental. A ênfase na segurança também leva, inevitavelmente, à diminuição de liberdades individuais, na medida em que “segurança” e “liberdade” são inexoravelmente circunstâncias factuais que se tensionam. Frente a outros pensamentos que representam um limite para a expansão do poder punitivo, as demandas de segurança surgem — ressalta **Anitua** — como que para passar por cima deles (2008, p. 817).

³⁰³ Até certo ponto, pois há atualmente, como é notório, importantes movimentos de privatização dos serviços de segurança e de privatização de presídios.

De modo a fortalecer e a enfeitar o discurso da segurança, criou-se uma idéia de “segurança cidadã”, que, inclusive, foi encampada pelo governo: a lei 11.530/2007, p. ex., criou um programa de “prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando em suas raízes socioculturais, articulando ações de segurança pública e das políticas sociais”, que denominou Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania). O conceito de “cidadão” tem uma conotação histórica altamente positiva e dificilmente poderia ser refutado por ser sectário, preconceituoso ou autoritário — daí ser ele perfeito para se acoplar à “segurança”. A apropriação desse conceito de “cidadão” pelo discurso de segurança se deu após um processo de reconstrução total do conceito liberal e tradicional de cidadania.

Cidadania, tradicionalmente, significa o direito à representação política, o direito de votar e ser votado; cidadão é o titular de direitos políticos. Nesse contexto, o conceito de cidadania é um epifenômeno da democracia representativa, ou seja, é um conceito que depende, que está subordinado à democracia representativa e que não a influencia (ANDRADE, Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização, 2003, p. 66 e 70). Embora este ainda seja, em regra, o conceito de cidadania que os manuais de Direito Constitucional trazem, o fato é que, na sociedade e até em algumas manifestações mais recentes de juristas, aplica-se e advoga-se a aplicação de um conceito estendido de cidadania.

Muitos autores, inclusive a insuspeita **Vera Andrade**, advogam que, mantido o conceito de cidadão como eleitor, a concepção de cidadania seja expandida, sob o fundamento de que ela se liga à igualdade perante a lei, para incorporar direitos políticos, sociais e coletivos, para reconhecer que a luta de protagonistas grupos sociais também constitui luta por cidadania, e para reconhecer que o pluralismo é percepção fundamental à cidadania (2003, pp. 72-74). Com isso, cidadania deixaria de ser um conceito estático (tornando-se um conceito dinâmico), deixaria de haver uma dicotomia entre homem e cidadão (que havia na origem na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão) e a cidadania é que passaria a moldar a democracia (e não mais seria por ela moldada) (2003, pp. 75-7).

Vera Andrade reconhece que essa extensão do conceito de cidadania já ocorreu, e de modo vigoroso: “talvez nenhum outro tema como cidadania tenha se consolidado, na teoria e na prática, na academia e na rua, no discurso oficial e nos discursos officiosos do cotidiano, com tamanha força” (2003, p. 64); e mais: a cidadania parece ter adquirido a importância discursiva que outrora ocupavam os direitos humanos e a democracia: “todos falam a seu respeito e todos são seus defensores” (2003, p. 64). **João Gualberto Garcez Ramos**, no

início da década de 1990, na esteira de **José Afonso da Silva**, já havia percebido que cidadania passava a ter uma acepção estendida:

“trata-se de uma integração do indivíduo com a sociedade estatal não somente no aspecto dos direitos políticos de votar e de ser votado, mas nos mais amplos aspectos de seu desenvolvimento como ser humano, sintonizado o melhor possível com o aparelhamento estatal” (1991, p. 16).

Milton Santos enfatiza a novidade que essa ânsia por cidadania constitui (2000, p. 50).³⁰⁴ E **Nilo Batista** diz que houve uma privatização da cidadania, que hoje ela serve de argumento para tudo (2005, p. 95ss).³⁰⁵ Campanhas pela saúde, pela educação no trânsito, pelo combate à fome, etc. sempre encaixam, de alguma maneira, uma referência à cidadania. Recentemente, a lei 12.267/2010 criou até um “dia nacional da cidadania”.

Já nessa concepção estendida, a apropriação da “cidadania” para a formação da idéia de “segurança cidadã” se deu, entretanto, com um amputamento terrível, que tem raízes na cultura do pânico: não se trasladou a abolição da dicotomia entre homem e cidadão.³⁰⁶ Assim, a “segurança cidadã” pode ser um ideal circunscrito apenas àqueles que são “bons” homens, “bons” cidadãos; os “maus” homens não são cidadãos ou são, no mínimo, subcidadãos. O problema é que, a partir do momento em que alguém é suspeito de cometer um crime, deixa de ser considerado “cidadão”; por isso, com razão, **Beatriz P. Castanheira, Carmen S. de M. Barros e Roberto Podval**, em veemente artigo, mostram que “ninguém é cidadão” (2002, p. 2).

Esse traslado amputado criou, na “segurança cidadã”, um conceito de alto potencial autoritário (embora isto esteja bem escamoteado!), pois, além de trazer, em si, a segurança (que é a fuga psíquica do autoritarismo psicológico-social), adota um conceito de cidadão que permite pensar em não-cidadãos (criando, por isso, grupos-fora e grupos-dentro). Foi por via

³⁰⁴ “Em nosso país, jamais houve a figura do cidadão. As classes chamadas superiores, incluindo as classes médias, jamais quiseram ser cidadãos; os pobres jamais puderam ser cidadãos. As classes médias foram condicionadas a apenas querer privilégios e não direitos. E isso é um dado essencial do Brasil: de como os partidos se organizam e funcionam; de como a política se dá, de como a sociedade se move” (SANTOS, 2000, p. 50).

³⁰⁵ “Dez peruas do society resolvem ensinar uns garotos, que caíram nas malhas da justiça da infância e adolescência, a tornarem-se garçons compenetrados? Cidadania. As cadeiras de rodas com as quais animadores de auditório garantem audiência e patrocínio? Cidadania pura. O Estado reduz sua potência ao clientelismo de distribuir algum dinheiro para os pobres? Criou-se o ‘cheque-cidadão’. Alguém devolveu ao banco dinheiro que caiu do carro-forte? Ganhou o prêmio de cidadania. Uns estudantes de classe média foram a uma favela, por qualquer motivo distinto de comprar maconha? É cidadania no Jornal Nacional” (2005, p. 100).

³⁰⁶ Como diz **Sabadell**, é a “cultura do pânico, que permite legitimar como única solução viável para a efetivação da cidadania (segurança!), a segregação de parcelas cada vez maiores da população e, principalmente, sua estigmatização como ‘bandidos’.” (2003, p. 8); assim, ele “não são mais percebidos como cidadão brasileiros” (SABADELL, Prefácio, 2003, p. 9)

dessa diferenciação entre cidadão e não-cidadão que **Jakobs** insere sua autoritária proposta do direito penal do inimigo (2009, p. 72).

Adjetivar “cidadã” à segurança ainda lhe traz considerável vantagem em sua histórica tensão com a “liberdade” (será que esta também não seria cidadã?). **Juan Bustos Ramirez**, ao abordar o conceito de “segurança cidadã” na América Latina, desmascara a intenção:

“a problemática da segurança cidadã, como vimos, se desenvolve em torno da idéia de ordem, de disciplina, está em referência ao funcionamento do sistema em primeiro lugar e não em relação às liberdades e dignidade da pessoa humana. A proposição, portanto, não é de segurança cidadã, mas sim de ordem pública” (1990, p. 15).

De outro lado, além do discurso da “segurança cidadã”, há, nas sociedades contemporâneas, algo que pode ser definido como “populismo punitivo”. Inúmeros autores falam desse populismo punitivo, que deflui de uma “vontade de punir”: na Alemanha, **Cremer-Schäfer** e **Steinert**, falam em “Straflust” (Straflust und Repression: zur Kritik der populistischen Kriminologie, 1998); na França, **Denis Salas** fala na “volonté de punir” (La volonté de punir: essai sur le populisme pénal, 2005). **Münchhalfen** e **Gatzweiler** dizem que, na Alemanha, cerca de dois terços da população simplesmente quer penas mais duras e 71% acham que a justiça penal é muito lenta (2002, p. 59). Essa vontade de punir tem duas fontes: primeiro, ela é, também, uma consequência do alarme social causado pelo medo-pânico (PASTANA, Os contornos do Estado punitivo no Brasil, 2007, p. 314); e, em segundo lugar, a idéia de eficiência que também é uma função social do direito hoje bastante prestigiada³⁰⁷: acredita-se que o sistema penal fornece proteção eficiente e, portanto, seria desejável que todos os crimes fossem punidos. Como, evidentemente, não é possível, na prática, punir todos os crimes, facilmente se constrói um discurso de “impunidade” e, em seguida, a uma “vontade de punir”.

Há, hoje, uma apropriação do tema da impunidade, “pelos adeptos de políticas criminais exclusivamente repressivas, e de confronto, através de políticas de ‘lei e ordem’, de matiz autoritário e conservador” (NEDER, 2010, p. 226). Essa ideia, tão arraigada, de que o Brasil é o país da impunidade é, em boa parte, falsa. Pesquisa realizada pela Fundação Seade, com a cooperação técnica do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim, em todos os casos de crime de roubo em São Paulo, entre 1991 e 1998, mostra que, das 69.645 sentenças, 62.836 foram

³⁰⁷ Lembre-se que “eficiência” é precisamente o lema da Escola que defende a “análise econômica do direito”, de **Posner**, que é estreitamente ligada à escola econômica neoliberal, ambas, não por acaso, com sede em Chicago (HESPANHA, 2009, p. 232).

condenatórias (ou seja, 90,22% foram declarações de procedência), o que leva à razoável conclusão dos pesquisadores: isto “contraria a tese do senso comum sobre a impunidade ou a pouca punibilidade do sistema” (SOARES, et al., 2003, p. 2). **Nilo Batista** assevera, com toda a razão que

“quando alguém fala que o Brasil é o país da impunidade está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros — do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo — a punição é um fato cotidiano” (1990, p. 38).

Numa perspectiva mais abrangente, esse discurso da impunidade é vazio, pois, na verdade, não toma em consideração o fato da seletividade, inerente a qualquer sistema penal (KARAM, 2005, p. 168).

Ao revés, não há atualmente uma disseminada preocupação com o excesso de punição, ou seja, com o autoritarismo punitivo: a mídia, em geral, não está interessada em discutir os milhares de cidadãos que se encontram presos por mais tempo do que a sentença determinava, nem aqueles que estão presos sem que fosse realmente necessária a segregação, nem aqueles que são mortos em operações policiais abusivas. Fora dos círculos acadêmicos, vigora, quanto ao autoritarismo punitivo, o “silêncio mortal da indiferença”, como diz **Leandro Gornicki Nunes**, em recentíssimo artigo em que compara a Alemanha nazista e Brasil neoliberal (2011, pp. 206-7).

A sensação de impunidade e a “busca compulsiva de segurança cognitiva” (SILVA SÁNCHEZ J. M., 2009, p. 35) levam, de modo inevitável, a uma demanda por um controle penal mais efetivo (GARLAND, A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea, 2008, p. 373). Gravita, no ar, uma vontade de punir, que se manifesta claramente nas platéias dos filmes *Tropa de Elite*, na rua quando um batedor de carteira é preso e, muitas vezes, é linchado³⁰⁸, e nos cidadãos que elegem figuras emblemáticas de autoritarismo penal: basta lembrar que o coronel **Ubiratan Guimarães**, líder da chacina do Carandiru, a despeito de ter sido condenado, em junho de 2001, a 632 anos de prisão por 102 das 111 mortes, foi, nas eleições de 2002, eleito deputado estadual por São Paulo, com mais de 56 mil votos.

Como diz **Salo de Carvalho**,

³⁰⁸ Para casos emblemáticos de linchamentos no Estado de São Paulo, veja-se obra de **Jacqueline Sinhoretto** (Os justicadores e sua justiça: linchamentos, costume e conflito, 2002).

“o sintoma contemporâneo vontade de punir, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos político-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico)” (2010, p. 9).

A “segurança cidadã” e a “vontade de punir”, criados pelas sensações de insegurança e de impunidade, exercem, hoje, no imaginário social e no discurso jurídico, funções latentes análogas às funções que a “segurança da comunidade do povo” e o “Kein Verbrechen ohne Strafe” exerciam no direito penal nazista: i.e., maximizar o exercício de poder punitivo, favorecendo o autoritarismo punitivo. A segurança cidadã e a vontade de punir conduzem a um “populismo punitivo”, pois os governos passam a se manifestar e atuar, quanto a aspectos de política criminal, em decorrência do que a população quer ouvir, ainda que o discurso ou a medida adotada sejam inteiramente irracionais e até tragam mais malefícios do que benefícios sociais.

4.7. Autoritarismo criminológico e jurídico-penal no Brasil

O autoritarismo psicológico-social, calcado nas inseguranças e nos medos do tempo presente, tem tido notável influência nos discursos criminológico e jurídico-penal no mundo e no Brasil contemporâneo. Erigida à condição não-escrita, mas sentida, de “supra-direito fundamental”, a segurança passou a ser o critério decisivo para a conformação de teorias criminológicas e jurídico-penais. Hoje em dia, a criminologia e o direito penal têm sido plasmados para afastar riscos e perigos, de modo a atingir a tão almejada “segurança cidadã”.

Por outro lado, o autoritarismo relacionado a questões étnicas não aparece explicitamente nos discursos criminológico e jurídico-penal. Aliás, nem poderia, pois um tal discurso seria claramente criminoso; na verdade, todavia, não é necessário que o autoritarismo étnico se expresse discursivamente: ele já opera latentemente, determinando, como se viu, a seletividade de vários sistemas penais contemporâneos, inclusive o brasileiro (cf. item 4.4., supra).

Se, como bem diz **Pavarini**, é a “demanda de ordem” que determina o saber criminológico de seu tempo, pode-se intuir que o saber criminológico hoje imperante é aquele que resulta mais funcional para garantir “segurança” e para afastar “perigos” e “riscos”. É interessante ver que, hoje, no Brasil, o autoritarismo criminológico encontra suas raízes na importação das teorias norte-americanas de controle da ordem. É a criminologia da

intolerância, de que fala **Jock Young**(2002, p. 179ss). Outra corrente contemporânea marcadamente autoritária se delineia pelo renascimento e novo fortalecimento do paradigma etiológico que apela para questões biológicas de variada origem (cf. item 4.7.2, infra).

No que toca ao direito penal, as exigências de “segurança cidadã” e a “vontade de punir” também têm determinado substanciais modificações em conceitos importantíssimos. O direito penal do inimigo, de **Günther Jakobs**, é um exemplo claro de autoritarismo no direito penal, na medida em que, precisamente por uma “falta de segurança cognitiva”, diferencia “cidadão” e “inimigo” (2009, p. 8). Todavia, nem sempre as racionalizações discursivas decorrentes da admissão da “segurança” como eixo do sistema são tão sinceras como a teorização de **Jakobs**; muitas vezes, as pulsões autoritárias no direito penal se apresentam de modo disfarçado, no que resultam até mais “eficientes” (do ponto de vista de seus defensores) e certamente mais “perigosas”, cf. item 4.7.3, infra.

Antes, porém, abordaremos quais as implicações do autoritarismo na formação e na difusão dos discursos acerca da questão criminal, cf. item 4.7.1, infra.

4.7.1. Autoritarismo discursivo

O autoritarismo discursivo contemporâneo não se caracteriza, como ocorreu sob o nazismo, pela tomada abrupta das cátedras de direito penal e de criminologia, nem pela radical refundação de associações, instituições ou publicações. O autoritarismo discursivo contemporâneo se exerce de maneira muito mais sutil; temos hoje, como ensina **Zaffaroni** (2007, p. 70ss), um autoritarismo cool, que tem raízes no autoritarismo psicológico-social.

O autoritarismo psicológico-social, que incita a criação de grupo-dentro e grupos-fora (item 2.1.4), propicia o estabelecimento de políticas exclusivas de tratamento dos marginalizados sociais. O discurso político contemporâneo tende a alocar discussões de problemas como falta de moradia como questões de segurança (mais do que como problemas sociais), é bem pessimista quanto à possibilidade de integrar os socialmente marginais e coloca mais ênfase sobre a natureza perigosa e imerecida dos pobres do que ocorria antes (BECKETT & WESTERN, 2001, p. 38). **Beckett e Western** diagnosticam que, hoje em dia, os políticos fazem um esforço concertado em promover concepções de marginalidade social que trazem implícitas a necessidade de respostas mais excludentes e direcionadas à segurança, frente a grupos e indivíduos marginais; como resultado, discussões de marginalidade social são crescentemente inseridas em termos de necessidade de elevação de segurança, e a lógica

de controle social e de exclusão social permeiam as instituições de bem-estar e de penal (2001, p. 38).

O autoritarismo discursivo se caracteriza, ainda, pelo simplismo e pela superficialidade de sua mensagem, pela ausência de qualquer respaldo acadêmico, e pelo inteiro desprezo por dados sociais. Ignorar os dados sociais sobre os quais devem trabalhar diz **Zaffaroni**, é uma característica muito frequente das autoritárias e salvacionistas propostas político-criminais de endurecimento do sistema penal (2000, p. 22). No discurso autoritário são frequentemente usados pseudoconceitos com forte apelo midiático, tais como crime organizado, sobre o qual a criminologia nunca chegou a acordo para abarcar hipóteses conflitivas heterogêneas e que não podem ser neutralizadas com medidas idênticas (2007, p. 63). Esse padrão de discurso autoritário midiático fez **Zaffaroni** cunhar o conceito de autoritarismo cool, que

“só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios [de comunicação] difundem e indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é cool. É cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário” (2007, p. 69).

Essa superficialidade decorre do fato de que o discurso político-criminal se tornou hoje, como bem diz **Mathiesen**, uma commodity (uma mercadoria), muito mais do que era algumas décadas atrás. A política criminal é, hoje, muito mais governada pelo tipo de notícia que é merecedora de ser noticiada e, portanto, vendável na televisão, e pela opinião política vendável na mídia (2001, p. 32). A mídia, com seu espetáculo mórbido, todavia, contribui maciçamente para a massificação da ideologia da impunidade no Brasil (BRITO, 2010, p. 43).

O autoritarismo cool denota a mudança no tipo de legitimação buscada por aqueles que tomam as decisões de política criminal: há algum tempo, ela se ancorada em princípios de Estado de direito e outros valores; hoje, a legitimação parece ser puramente oportunística: é baseada nas preocupações sobre o que passa na televisão e, conseqüentemente, entre os eleitores (MATHIESEN, 2001, p. 32). Uma mudança também ocorreu, como conseqüência das duas anteriores, na natureza do debate político sobre política criminal. Há algumas décadas, como conseqüência de uma legitimação ancorada em princípios, o que pode se chamado de racionalidade comunicativa (para usar o termo de **Habermas**), estava, ao menos em alguma medida, presente no debate público. A racionalidade comunicativa pressupõe uma ênfase na verdade, na relevância e na sinceridade na argumentação. Era, em outras

palavras, possível argumentar de modo verdadeiro, com relevância e sinceridade, e tal argumentação era, de algum modo, ouvida no nível de tomada de decisões. Hoje, a racionalidade comunicativa parece estar em retração. Argumentações sistemáticas e principiológicas são muito pouco ouvidas. Alguém pode dizer que, ainda mais do que antes, a racionalidade comunicativa vive sua vida limitada a âmbitos restritos de jornais profissionais e encontros, enquanto o debate público, inundado por avisos terríveis da polícia, por estórias sensacionais de crimes e, mais significativamente, por iniciativas políticas oportunistas no contexto de shows televisivos burlescos chamados de ‘debates’, é predominantemente caracterizado pela racionalidade do mercado (MATHIESEN, 2001, p. 32).

O divórcio entre a superficialidade do discursivo atual e a prática é tão grande que **Maria Lucia Karam** chega a dizer, com razão, que essa “publicidade que anuncia o sistema penal como se fora um ‘produto-serviço’ destinado a fornecer segurança, tranquilidade, paz social” constitui clara propaganda enganosa que poderia, facilmente, se subsumir aos tipos do Código de Defesa do Consumidor, pois omite dados essenciais ou divulgam informações inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro a respeito da natureza, características, qualidade, origens e propriedades do sistema penal, ou até de incitar à violência e explorar o medo (2005, p. 159).

Como bem diz **Jock Young**, embora as ondas de crime sejam um dos pratos principais da imprensa, as curas milagrosas da criminalidade também o são (2002, p. 189). Ocorre que não existem tais curas milagrosas — teorias que declaram simplisticamente ser a solução para a criminalidade frequentemente padecem de alguma modalidade de autoritarismo, seja por ignorarem, na formação do discurso, os dados sociais, seja por partirem de pensamentos e ideias estereotipadas.

4.7.2. Autoritarismo na criminologia contemporânea

A estreita ligação entre a criminologia e as demandas de ordem (PAVARINI, 1980, p. 2) e o fato de que os autoritarismos político-ideológico e psicológico-social se caracterizam por extremadas necessidades de ordem (cf. itens 2.1.3 e 2.1.4, supra) levam a que a criminologia seja um saber altamente vulnerável a ideologias autoritárias.

O positivismo criminológico de cunho biológico, adotado pelos nazistas (cf. 3.7.2., supra), é claramente uma ideologia autoritária, na medida em que estabelece uma concepção anti-igualitarista de sociedade, que usa para clamar por uma certa ordem, e que propicia a

vulneração de direitos individuais daqueles que são reputados inferiores. Diferentemente do que se possa imaginar, o pensamento criminológico de cunho biológico não está extinto; ao contrário, **Nicole Rafter**, autora de importante livro recente sobre as teorias de criminologia biológica, diz que

“embora as explicações sociológicas permaneçam dominantes nos departamentos de criminologia, as teorias biológicas estão se desenvolvendo rapidamente em outros pontos da academia, trazendo, para sua causa, ciências prestigiosas tais como a genética e mostrando versatilidade e vitalidade impressionantes” (2008, p. 199).

Serrano Maíllo também anota que, nos últimos 10 a 15 anos, houve um renascimento das teorias biológicas do crime (2007, p. 150ss). **Pierre Darmon** diz que a persistência das teorias biológicas do crime advém de um “fenômeno profundo que tem raízes numa série de motivações inconscientes”; e complementa: “a tentação maniqueísta de por os ‘bons’ de um lado e os ‘maus’ de outro se enraíza profundamente no imaginário. Ela traz um reconforto ilusório a todos aqueles que se dizem ‘pessoas honestas’. Retornando à noite dos tempos, descobre-se que os homens muitas vezes julgaram em função da cara” (1991, pp. 285-6).

São inúmeras as tendências de explicações biológicas do comportamento criminoso, que refletem as abordagens feitas por psiquiatras, psicólogos, biólogos, neurocientistas etc.. **Rafter** lista seis tendências de etiologias biológicas (que, muitas vezes, se combinam): **(i)** anormalidades biológicas adquiridas após o nascimento; **(ii)** déficits cognitivos, que dificultam o aprendizado e o processamento de informações; **(iii)** evoluções psicológicas, que seriam comuns, levariam a uma tendência criminosa; **(iv)** as causas seriam explicáveis pelas neurociências (que possui muitos campos: neurociência clínica, neurociência cognitiva, neuroquímica, neurofarmacologia, neurofisiologia, neuropsiquiatria e a neurociência social); e **(v)** explicações genéticas, que buscam “defeitos” cromossômiais e em combinações genéticas (2008, pp. 204-234). **Rafter** noticia que, nos Estados Unidos e no Canadá, há hoje uma quantidade tremenda de atividade de pesquisa biocriminológica (2008, p. 235). Embora **Rafter** reconheça que explicações biológicas do crime contenham considerável potencial para o abuso, ela crê que tais teorias provavelmente terão um papel crescentemente proeminente.

No Brasil, essas tendências de explicações biológicas têm encontrado eco, na academia (notadamente, fora dos departamentos de criminologia) e nos meios de comunicação. Por exemplo, o jornal “O Globo”, em sua edição de 13.06.2010, traz uma matéria intitulada “O cérebro corrupto”, que veicula a hipótese de que a corrupção seria causada por características cerebrais (natas ou adquiridas) que seriam alimentadas pela

“impunidade”. Citando um neuropsicologista entrevistado, diz-se que “dá para afirmar que indivíduos com certos danos no lobo frontal julgam comportamentos que para pessoas normais é antissocial, incluindo corrupção e até assassinato, como moralmente permissíveis. Há ainda uma porcentagem de pessoas sem lesões aparentes nessa parte do cérebro que age de forma semelhante. É quase certo que elas apresentam anormalidades subjacentes, e isso pode ser causado por defeito genético, condições ambientais, uso de drogas e estresse”; diz, ainda, que “permissividade social é um elo” e conclui: “corrupto age como um sociopata” (MARINHO A. , 2010, p. 35).

De braço dado com a criminologia biológica (RAFTER, 2008, p. 202), advém uma ansiedade com a segurança e uma consequente nova ênfase em evitação de risco. Na criminologia, a ansiedade ao risco leva a um deslocamento da preocupação tradicional de punir danos passados para uma preocupação em prevenir danos futuros; isto contribuiu para uma criminologia que busca minimizar danos, levando a várias tendências de pensamentos. Chegamos a um Estado de Prevenção; os prevenicionistas de hoje lembram seus antecessores do início do século XX, pelo fim de incapacitar não apenas os criminosos graves, mas também reincidentes de infrações menores.

As teorias criminológicas que se dedicam à evitação do risco e de prevenção de delito surgiram principalmente nos Estados Unidos da América em meados dos anos 1970 e têm a característica comum de estabelecer a “ordem” como valor primordial. **James Q. Wilson**, o “criminólogo de cabeceira da direita punitiva norte-americana”, diria, em 1975, que os indicadores delitivos nos EUA teriam aumentado por falhas de vigilância e por impunidade (e não por questões sócio-econômicas), sugerindo, portanto, maior controle e punições mais severas. **Ernest van den Haag**, também em 1975, dizia que a ordem é o valor jurídico supremo e fazia distinções anti-igualitaristas: há três classes de pessoas: os maus (que devem ser inocuizados), os inocentes (que devem ser protegidos) e os calculadores (que devem ser convencidos da inconveniência de delinquir) (ANITUA G. I., Histórias dos pensamentos criminológicos, 2008, pp. 780-1).

A teoria das “janelas quebradas” (broken windows), defendida, a partir do início dos anos 1980, por **James Q. Wilson**, **George Kelling** e **Catherine Coles**, defendem que a redução do crime passa necessariamente pela restauração da ordem, que deve ser buscada já a partir da punição das pequenas desordens urbanas. O nome da teoria decorre de uma metáfora que os dois primeiros autores realizam em um artigo de 1981, em que dizem que, se uma janela de um edifício é quebrada e não se importam com ela, logo outras estarão

quebradas, levando a uma espiral crescente de desordens e de crimes (ANITUA G. I., Histórias dos pensamentos criminológicos, 2008, p. 783).

De uma costela da teoria das “janelas quebradas” provém a técnica policial ostensiva conhecida como “tolerância zero”, que se implantou em Nova York, na administração **Rudolph Giuliani**, a partir de 1994. Proliferam, hoje no Brasil, políticas de tolerância zero, plasmadas à moda norte-americana, que se abate primordialmente sobre a massa empobrecida, que é vista como responsável pelo desajuste de coesão social (BRITO, 2010, p. 42). A tolerância zero, como diz **Jock Young**, se tornou um chavão da comunidade de segurança dos últimos anos (2002, p. 182). **Tony Blair**, em dado momento, chega a dizer que “é justo ser intolerante com os vagabundos de rua” (ANITUA G. I., Histórias dos pensamentos criminológicos, 2008, p. 787). A tolerância zero foi exportada para os países que vivem sob a influência dos Estados Unidos da América, determinando a conformação de sistemas penais.

Uma das tendências atuais, para gestão de risco potencialmente criminais, que tem ligação clara com a análise econômica aplicada ao direito penal é o atuarialismo, que advoga o uso de estatísticas de crime e de criminosos para predizer a periculosidade e introduzir disposições posteriores à condenação para incapacitar pessoas consideradas de alto risco (RAFTER, 2008, p. 202). O objetivo do atuarialismo na justiça criminal seria, como diz **Anitua**, a gestão (tal como no mundo dos negócios) de grupos populacionais classificados e identificados previamente como perigosos e de risco, assim como a manutenção do funcionamento do sistema e de seus privilégios com um custo mínimo (2008, p. 615). Na nova lógica atuarial, devem ser encarcerados aqueles que têm maior risco de delinquir. As pessoas seriam classificadas por perfis, em procedimentos parecidos com aqueles realizados por atuários em companhias seguradoras, e essas classificações seriam a base para a política criminal e para a segurança pública; é evidente o potencial autoritário dessa proposição, que se abaterá sobre aqueles que preenchem estereótipos criminais, que leva **Nils Christie** a afirmar, com razão, que isto não passa de uma atualização “sofisticada” das políticas criminais levadas a cabo por regimes totalitários (apud ANITUA, 2008, p. 825).

Parece que os dois fatores aqui abordados — a busca de explicações biológicas para o comportamento criminoso e a determinação de busca da ordem para prevenção e minimização de riscos — são, segundo **Rafter**, as duas correntes que prometem dirigir o desenvolvimento da criminologia nas próximas décadas (2008, p. 199). É nesses dois fatores, ao que parece, que estão os maiores perigos de que a criminologia descambe para o mais nefasto autoritarismo.

4.7.3. Autoritarismo no direito penal contemporâneo

O autoritarismo subjacente à contemporânea cultura de controle e de segurança leva a que o direito penal — no sentido, lembre-se, de saber jurídico-penal — seja visto com extrema desconfiança pela opinião pública. Muitos autores asseveram que vive-se hoje uma crise da dogmática jurídico-penal sem que haja crise do uso das leis penais. O controle penal goza de uma excelente reputação, nos meios sociais, como instrumento de resolução de conflitos — crê-se amplamente que a criminalização é o meio necessário para lidar com quase qualquer conflito social. De outro lado, critica-se a dogmática jurídico-penal, que impediria a expedita aplicação da sanção penal (SILVA SÁNCHEZ J. M., 2009, p. 26). **Volk** diz que grassa na opinião pública a ideia equivocada de que o “exageradamente refinado microcosmos do sistema, com todas as suas diferenciações, já não se adapta ao macrocosmos da criminalidade”. Como conseqüência, é bastante perceptível que a dogmática jurídico-penal se movimenta amplamente no sentido de se adequar às exigências de combate às inseguranças e aos medos da vida social contemporânea.

A teoria do direito penal do inimigo, sustentada por **Gunther Jakobs**, é claramente uma sofisticação das teorias jurídico-penais nazistas. Em vez do judeu ou do inimigo da comunidade do povo, que pode colocar em risco a pureza do sangue e da honra da *Volksgemeinschaft*, entra o não-cidadão (concebido em sentido lato), que não confere “segurança cognitiva” quanto à sua conduta.

Diferentemente do que ocorreu no direito penal nazista, não há hoje — ressalvada a teoria do direito penal do inimigo — teoria que sustentem abertamente a funcionalização, a eticização, a materialização e a subjetivação do direito penal. Em muitos pontos, todavia, essas permanências ainda são claramente perceptíveis. As teorias jurídico-penais, para permitir a passagem de poder punitivo autoritário, não precisam, de modo algum, ser talhadas com esse propósito declarado; **Baratta**, em primoroso trabalho, já citado, já mostrou que instrumentos conceituais ou atitudes metodológicas ambíguas, ou que não tenham sabido representar um eficaz ponto de resistência contra os novos conteúdos ideológicos irracionais e antiliberais, já podem, constituir falhas a perverter o ordenamento jurídico inteiro (1966, p. 46).

A vinculação da “reprovabilidade”, um termo que claramente de conteúdo ético, ao conceito de culpabilidade (que a doutrina quase unanimemente adota) e como critério de

aplicação do princípio da insignificância (cf. leading case do STF: HC 84.412, Min. **Celso de Mello**), mostram que o direito penal é permeável a pulsões eticizantes. Inúmeras flexibilizações do princípio da legalidade (cf. item 4.7.3.1, infra) e pulsões expansivas dos crimes omissivos (item 4.7.3.5, infra) mostram que a tendência de materialização avança sobre a garantia de formalização. A subjetivação, principalmente no que toca a aspectos da personalidade (extração social, periculosidade, etc) se verifica poderosamente na aplicação e na execução da pena. A funcionalização do direito penal também é uma pulsão importante nos dias de hoje, uma vez que o direito penal tem sido colocado como principal fator para a prevenção de riscos e de perigos, visando a almejada “segurança”; isto leva, p.ex., a uma extensão dos tipos penais a condutas preparatórias. Como bem diz **Pablo Rodrigo Aflen da Silva**, “a orientação do direito penal pela sociologia do risco conduz à flexibilização ou ao abandono das garantias jurídico-penais, na medida em que estas são consideradas um obstáculo ou entrave à utilização do mesmo para a tutela dos riscos modernos” (2004, pp. 190-1).

Adiante, abordaremos algumas das manifestações, no discurso jurídico-penal, de racionalizações em que a “segurança” está subjacente; são elas: **(i)** “flexibilizações” do princípio da legalidade (item 4.7.3.1); **(ii)** perda de densidade ou até abandono do conceito de bem jurídico (item 4.7.3.2); **(iii)** manifestações de direito penal da vontade e de direito penal de perigo (item 4.7.3.3); **(iv)** manifestações de direito penal de autor (item 4.7.3.4); **(v)** tendências expansivas nos crimes omissivos (item 4.7.3.5); **(vi)** imbricações entre culpabilidade e periculosidade (item 4.7.3.6); e **(vii)** conseqüências para a disciplina das penas e das medidas de segurança (item 4.7.3.7).

4.7.3.1. “Flexibilizações” do princípio da legalidade

O princípio da legalidade tem sido, desde o século XVIII, um “dique” contra o autoritarismo estatal, erigido em favor da proteção do indivíduo. Tal princípio comanda que não cabe lei penal criada pelos costumes, nem lei penal retroativa, nem analogia criminalizante em matéria penal, nem lei penal vaga; ou seja, a lei penal tem que ser escrita, prévia, estrita e taxativa (ou certa). Pode-se dizer, ainda, que outra garantia importante, inerente ao princípio da legalidade, é a de que deve se tratar de uma lei no sentido formal; ou seja, de um ato normativo emanado, no Brasil, do Congresso Nacional e que seguiu o procedimento legislativo adequado.

Os juristas, desde sempre, se comprazem com a idéia de que o princípio da legalidade realmente lograria cumprir esta importante missão; todavia, lamentavelmente, não tem sido assim: o poder punitivo sempre encontra rachaduras no “dique” do princípio da legalidade, permitindo, por racionalizações mais ou menos elaboradas, que tal princípio seja contornado.

Sob o nazismo, como se viu no item 3.7.3.1, o princípio da legalidade foi atacado explicitamente por diversos fronts. No Brasil contemporâneo, e nas demais democracias do mundo ocidental, o princípio da legalidade tem sido também objeto de inúmeros ataques, sempre, todavia, por racionalizações discursivas muito mais sutis e, por isso, mais difíceis de serem percebidas e combatidas.

Pode-se dizer que, atualmente, está bastante bem assentado que não serão criadas leis penais retroativas, nem criados crimes pelo mero costume. Mas, no que toca à certeza da redação dos tipos, à formalidade da lei e à analogia criminalizante, pode-se dizer que o princípio da legalidade vem sofrendo rachaduras importantes, que, em verdade, podem conduzir à quase inutilidade política do próprio “dique”. A constatação dessas rachaduras já havia sido feita, em 1978, por **Schünemann**, que dizia que, dos consectários tradicionais do princípio da legalidade, apenas seriam respeitadas as proibições de retroatividade e de apelo a direito consuetudinário; o mandado de determinação taxativa e a proibição de analogia não seriam, na prática, respeitados (1978, p. 8). **Rosa Maria Cardoso**, em clássica obra sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, já mostrava isto também em fins da década de 1970 (O caráter retórico do princípio da legalidade, 1979).

Muitos tipos penais têm sido, de fato, redigidos de modo perigosamente aberto. O abuso no emprego de elementos normativos enfraquece terrivelmente a função de proteção do tipo e, como bem diz **Vormbaum**, favorece a eticização, com o perigo de desaparecimento da separação, reconhecida desde **Kant**, entre direito e ética (2009, p. 158), e com o perigo claro de poder punitivo autoritário. **Augusto Thompson**, em 1968, dizia isto admiravelmente:

“um preceito de fórmula dilargada traz insita uma autorização prévia de analogia. Se fluída a figura descrita, contornos esgarçados, raias móveis, mando vago, inconcusso ser consectária de um preceito assim a incerteza dos cidadãos sobre a conduta que lhes é defesa, ao mesmo tempo em que fica atribuída ao juiz a faculdade de abroquelar-se sob tal preceito para infligir condenação aos procedimentos mais díspares. Retorno indesejável e inadmissível ao obscurantismo ao arbítrio dos mais fortes, ao clima angustiante do temor difuso, indefinido sentimento de culpa que se infiltra em todos os indivíduos inocentes ou não, quando subjugados às ditaduras e regimes assemelhados” (1968, p. 236).

Um claro exemplo atual de analogia criminalizante em matéria penal está na jurisprudência do STJ e do STF relacionada com a falta grave do apenado que “tiver em sua

posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo” (art. 50, VII, da Lei de Execução Penal).³⁰⁹ O STJ e o STF vêm admitindo que ter a posse de “telefone sem chip”, de “chip”, de “carregador”, de “carcaça de celular” ou de “quaisquer acessórios” já seria suficiente para configurar a falta grave.³¹⁰ Confrontados com o argumento de que tais decisões violam o princípio da legalidade, esses tribunais se aferram a interpretações teleológicas e têm decidido que não há violação porque: (i) tratar-se-ia de mera interpretação extensiva, invocando, inclusive lição de **Heleno Fragoso**³¹¹ (cf. STF, RHC 106.481/MS, 1.^a Turma, **Min. Cármen Lúcia**, j. 08.02.11); e (ii) o chip (ou outras partes do celular) não tem outra serventia senão a de se acoplar ao aparelho físico em si para com ele compor uma unidade funcional. Donde se concluir que o referido artefato nem sequer é de ser tratado como mero acessório do aparelho telefônico, sabido que acessório é aquilo ‘que se junta ao principal, sem lhe ser essencial; detalhe, complemento, achega’. Ele se constitui em componente do aparelho e com ele forma um todo operacional pró-indiviso (cf. STF, HC 105.973/RS, 2.^a Turma, rel. **Min. Ayres Britto**, j. 30.11.2010).

A inaplicabilidade da lição de **Heleno Fragoso** (transcrita na nota de rodapé n.º 311) é patente, eis que chip não pode ser considerado um maius em relação ao telefone; bem ao contrário, o chip é um minus em relação ao telefone. Ou seja, aplicar a “vedação” do art. 50, VII, LEP a casos de chip não constitui uso do argumento “a minori ad maius (o que é vedado ao menos é necessariamente no mais)”; constitui clara extensão proibida pelo princípio da

³⁰⁹ A lei n.º 11.466, de 28.03.2007, incluiu este dispositivo na Lei de Execução Penal e criou, no Código Penal, o art. 319-A, que criminaliza modalidade de prevaricação que consiste em “deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”. Essa lei resultou de projeto de lei do **Senador Cesar Borges** (PLS 136, de 2006), precisamente a partir dos ataques do PCC em maio de 2006, em São Paulo, que teriam sido coordenado de dentro das prisões paulistas.

³¹⁰ Caso de “telefone sem chip” foi julgado no **STJ**, 5.^a Turma, HC 128.116/SP, rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, j. 02.03.2010. Sobre “chip”, vide, entre muitos outros julgados, **STJ**, 5.^a Turma, HC 96.603/SP, rel. **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, j. 28.05.2008, e **STJ**, 5.^a Turma, rel. **Min. Laurita Vaz**, HC 133.986/RS, j. 25.05.2010. Sobre “carregador”, entre outros, **STJ**, 5.^a Turma, HC 166.197/SP, rel. **Min. Jorge Mussi**, j. 26.10.2010, e **STJ**, 6.^a Turma, HC 197.656/SP, rel. **Min. Og Fernandes**, j. 31.05.2011. Quanto a “carcaça de celular”, vide **STJ**, 5.^a Turma, HC 135.602/MS, rel. **Min. Jorge Mussi**, j. 28.09.2010. Falando em quaisquer acessórios, inclusive apenas a placa do telefone, **STJ**, 5.^a Turma, HC 166.197/SP, rel. **Min. Jorge Mussi**, j. 26.10.2010.

³¹¹ Este é o trecho de **Heleno Fragoso**, citado no voto da **Min. Cármen Lúcia**: “A interpretação extensiva é perfeitamente admissível em relação à lei penal, ao contrário do que afirmavam outros autores antigos. Nestes casos, não falta a disciplina normativa dos fatos, mas, apenas, uma correta expressão verbal. Há interpretação extensiva quando se aplica o argumento ad fortiori, que são casos nos quais a vontade da lei se aplica com maior razão. É a hipótese do argumento a maiori ad minus (o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos) e do argumento a minori ad maius (o que é vedado ao menos é necessariamente no mais). Exemplo deste último argumento: se o Código incrimina a bigamia, logicamente pune o fato de contrair alguém mais de dois casamentos (Manzini). (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 8.^a ed. 1985, pág. 86)”. Depois, esta mesma lição seria citada pelo **Min. Og Fernandes**, no HC 197.656/SP, julgado em 31.05.2011 pela 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça.

legalidade. A circunstância de o chip, p.ex., só servir ao uso em telefone celular não o torna o próprio celular; em direito penal, não vigoram ficções e as equiparações, quanto a coisas móveis, que vigem no direito civil; por isso, não é possível invocar este tipo de argumento para permitir considerar a posse de chip como falta grave.³¹²

Compreende-se que a finalidade da norma é vedar a comunicação de presos entre si e com o mundo exterior e pode-se até, eventualmente, concordar com tal finalidade (isto não está, aqui e agora, em discussão!), mas isto não pode levar a que seja violada a literalidade da lei. Interpretações teleológicas foram “o” tema do direito penal da República de Weimar (VOGEL, 2004, p. 59) e, como ressalta **Baratta**, levaram a muitos desmandos (Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, 1966). Abandonar o princípio da legalidade, permitindo que os juízes estendam, a partir de teleologias, os tipos penais representa perigo muito maior do que eventual impunibilidade. Não há dúvida de que se o STF e o STJ decidissem que a posse de chip (ou outro acessório de telefone) não constitui falta grave, seria, no dia seguinte, editada nova lei, dando nova redação ao inciso VII do art. 50, da LEP; nisso, haveria um problema político muito menor do que permitir a ruptura no princípio da legalidade.³¹³

Também no direito penal econômico tem havido um alto grau de normatização, com uso de elementos normativos e de cláusulas genéricas³¹⁴ (ambos muito abertos a interpretação judicial) e o recurso a remissões normativas (leis penais em branco). **Silva Sanchez** chega a dizer que, em direito penal econômico, essa alta normatização chega a adquirir “carta de natureza” e a difundir a idéia de que o mandado de determinação, que deflui do princípio da legalidade, é “um início”, sujeito a uma “pretensão de otimização”, mas “também a uma dinâmica de fricções em seu contato com outros princípios”, podendo “ceder ante outros princípios preponderantes” (2009, p. 25). É um absurdo completo; trata-se claramente de uma racionalização para levar ao esvaziamento do princípio da legalidade.

O uso de leis penais em branco aumentou exponencialmente a partir do momento em que o paradigma do risco tomou conta do direito penal; reputa-se que a defesa da sociedade e a segurança cidadã somente poderão ser agilmente garantidas perante novos e crescentes riscos se se permitir, ao Executivo, a função de complementação de tipos penais adrede redigidos “em branco”, o que enfraquece claramente a função de garantia do tipo penal.

³¹² Lembre-se que a prática de falta grave tem conseqüências duras para o apenado, tais como regressão de regime prisional (art. 18, I, LEP), perda de dias remidos (art. 127, LEP), impedimento de saídas temporárias (art. 49, parág. ún., LEP), etc.

³¹³ Este tipo de interpretação do STF e do STJ preocupa ainda pelo fato de que, no art. 319-A, CP, incrimina uma espécie de prevaricação relacionada; será que se estenderia, aqui também, a tipicidade ao caso de chip? **Cezar Bitencourt** (2009, pp. 110-1) e **Luiz Regis Prado** (2010, pp. 458-9), em edições recentes de seus manuais, não chegam abordar este ponto.

³¹⁴ Basta, aqui, lembrar do tipo da “gestão temerária”, cf. art. 4.º, parág. ún., da lei 7.492/86.

4.7.3.2. Proteção exclusiva de bens jurídicos: abandono ou liquefação do conceito

Talvez seja na questão da legitimação material das leis penais que alguns setores do direito penal contemporâneo mais se aproximem do direito penal alemão nazista. Sob o nazismo, o conceito de bem jurídico, que já vinha passando por um processo de espiritualização, foi abandonado por boa parte da doutrina penal (e, portanto, sua proteção também deixou de ser o fator de legitimação das leis penais), que passou a considerar que, em essência, a violação de dever para com a comunidade do povo era o conteúdo material do crime e o fator de legitimação de leis penais; outra parte da doutrina penal não chegou a abandonar a tese de que o crime consiste na violação de bens jurídicos: apenas criou os bens jurídicos adequados à ideologia nazista (cf. item 3.7.3.2, supra).

Semelhante movimento se observa claramente na dogmática penal contemporânea. Em 1976, **Gunther Arzt** já ressaltava que a insegurança e o sentimento de insegurança podiam conduzir a uma crise do conceito de bem jurídico (1976, pp. 148-9). Abandonando a teoria da proteção de bens jurídicos, **Günther Jakobs** repudia que a legitimação material do poder punitivo resida no dano ou na colocação em perigo de bens jurídicos; para ele, para usar a expressão “bem jurídico-penal” tem-se que considerar que o único bem jurídico-penal é

“a validade fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens, aos papéis (sociais) e à paz jurídica” (1997, p. 58), e ele define “bem” como “a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente às decepções que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática” (1997, p. 45).

Essa teoria é claramente defendida, no Brasil, por **Alexandre Araripe Marinho**, que diz:

“tomando por base a concepção de Jakobs, de que, na verdade, para além da simples proteção a bens jurídicos, o direito penal protege a vigência das normas que regulam as relações sociais. (sic) Pode-se dizer que o resultado do crime é a violação do contrato social e não a afetação em si de um bem jurídico tutelado” (2009, p. 155); e mais: “Queiram ou não os pregadores abolicionistas ou os minimalistas radicais, a norma de proibição indireta decorrente da conjugação do preceito primário (tipo) com a sanção (pena), tem inegável fundamento na necessidade da reafirmação da vigência das normas de convívio pacífico em sociedade. [...] Mais do que isso, uma teoria coerente do direito penal, particularmente quanto às funções da pena, abandona a simples função de proteção a bens jurídicos fundamentais para direcionar-se à proteção da estabilidade social em si, definindo o crime como lesão da juridicidade” (2009, p. 204).

Marinho alega que considerar a simples proteção de bens jurídicos como fator de legitimação da legislação penal leva a uma “lassidão do controle social”, que é “um estímulo à desordem, diante da ausência ou mesmo insuficiência do referido controle. E a desordem resultante da falta de controle é o caminho mais curto para a barbárie, uma vez que, ausente o controle social estatal, vige a lei do mais forte” (2009, pp. 205-6). As conseqüências que **Marinho** extrai da teoria de **Jakobs** são as seguintes: (i) ele propõe o fim da distinção entre crimes de dano e crimes de perigo (“Em nossa opinião, a distinção entre crimes quanto ao resultado em crimes de dano e crimes de perigo, e estes, em crimes de perigo concreto e de perigo concreto, não tem importância e pode causar confusões”, cf. 2009, p. 155); e (ii) se posiciona contra a adoção do princípio da insignificância, pois

“não compete, em absoluto, ao operador do direito, mas sim exclusivamente ao legislador, avaliar o modo pelo qual o controle social vai se realizar”, e “se a espécie de sanção eleita foi a de natureza penal, cumpre ao intérprete acatar a escolha soberana do povo, através de seus representantes” (2009, p. 207).

É claro o autoritarismo punitivo que esta concepção propicia. Considerar a “vigência da norma” como o único bem jurídico corresponde, na prática, à concepção nazista de crime como violação de dever. Se, além disso, se diz que ao intérprete cumpre apenas acatar, acriticamente, a decisão do criador dessa norma (o legislador), estão escancaradas as portas para o mais desabrido autoritarismo. Retirar-se, do tipo de delito, a exigência de um dano social permite legitimar a incriminação pela simples legalidade (TAVARES, Teoria do injusto penal, 2003, p. 186). O princípio da insignificância, que **Marinho** repudia, objetiva expurgar as maiores e mais intoleráveis hipóteses de desproporcionalidade da sanção penal frente ao mal causado pelo crime; se nem mesmo tal princípio é admitido, o poder do legislador penal é praticamente absoluto, pois nem sempre se consegue evidenciar, numa incriminação, a violação à Constituição (que seria a única limitação que **Marinho** ainda admite).

Com maior sutileza discursiva, mas com resultados igualmente preocupantes, muitos autores não abandonam explicitamente a concepção de que a legislação penal serve à proteção de bens jurídicos, mas admitem, excepcionalmente, um alargamento das tarefas da legislação penal, ou alargam tanto o conceito de bem jurídico (nele admitindo toda a sorte de “bens jurídicos”) que a função limitativa de punição praticamente se extingue.

Claus Roxin, num movimento até “natural” para quem confere papéis tão importantes, na teoria do delito, ao risco (na teoria da imputação objetiva de resultados) e à prevenção (na teoria da culpabilidade), passou a dizer, na 4.^a edição do primeiro volume de

seu tratado (2006), que um direito penal moderno (aqui, primordialmente no sentido de lei penal) não se limita à tarefa de proteção de bens jurídicos, tendo novas e outras tarefas (2006, p. 29). **Roxin** não chega a dizer que novas e outras tarefas são essas e apela à casuística, legitimando leis penais para proteção de embriões, para proteção de plantas e animais, e para a proteção de gerações futuras. **Schünemann**, citado pelo próprio **Roxin**, também alarga a proteção de bens jurídicos, dizendo que a tarefa principal do direito penal é a proteção do futuro humano (2006, pp. 29-31). Em outro trabalho, cedendo de vez ao reinado da “segurança” no direito penal, **Roxin** diz que “sentimentos” podem ser considerados bens jurídicos quando se tratem de “sentimentos de insegurança” (2007, p. 450).

Silva Sánchez, por exemplo, diz que os danos que a legislação penal busca evitar são de tripla ordem: danos materiais (lesão corporal, prejuízo patrimonial, etc.); danos intelectuais (humilhação, culpabilização, insegurança, desorientação de como orientar a vida futura, condicionamento dos planos de vida das vítimas potenciais ou, em geral, do conjunto dos cidadãos); e danos ideais (o dano que o delito produz no direito, ao negá-lo). A visão tradicional — continua **Silva Sánchez** — se liga a danos materiais, esquecendo as demais dimensões de danos; isso conduz a dificuldades explicativas que se resolveriam pela consideração das três dimensões aqui expostas (2009, pp. 31-32). Fica claro que, com tal conceito de dano, chega-se ao mesmo resultado, principalmente quando se consideram os chamados “danos ideais”, que a teoria da vigência da norma.

A noção de bem jurídico dilui gradativamente sua substância material, até culminar em sua eliminação (TAVARES, Teoria do injusto penal, 2003, p. 197). O conceito de bem jurídico perdeu totalmente sua capacidade de restringir poder punitivo. A transfiguração foi de tal ordem que, em verdade, correntes autoritárias não necessitam, para habilitar poder punitivo, se manifestar contra a noção de bem jurídico, pois, como bem diz **Juarez Tavares**, nem sempre ficou claro que a noção de bem jurídico — principalmente a diluída — efetivamente prejudica regimes autoritários na obtenção de seus desideratos políticos (2003, p. 185).

Vê-se, portanto, que, na prática, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos simplesmente não funciona. Como bem diz **Klaus Volk**, o princípio da proteção de bens jurídicos “fica apenas no papel”: “esse suposto princípio da proteção de bens jurídicos não limita, mas legitima tudo”, pois “bens jurídicos podem ser criados tal como estórias”. E ainda conta que, “na história da legislação alemã, ele só teve atuação uma única vez, nos anos setenta, na reforma dos crimes sexuais”; “de resto, manteve-se insignificante” (2010, p. 916).

Exemplo claríssimo da capacidade imaginativa dos “criadores de bens jurídicos” está na criminalização da greve pacífica, como procurei demonstrar em trabalho anterior. Liberdade do trabalho³¹⁵, organização do trabalho³¹⁶, economia nacional³¹⁷, administração da justiça³¹⁸, tranqüilidade pública³¹⁹ e até a fé dos contratos³²⁰ já foram invocados como “bens jurídicos” para legitimar a criminalização primária da greve pacífica, como crime comum. Noutra estratégia, também já se tentou criminalizar secundariamente a greve, como constrangimento ilegal (i.e., crime contra a liberdade individual) e até como extorsão (crime contra o patrimônio).³²¹ Por fim, a greve pacífica, mesmo sem fins de subversão da ordem político-social, muitas vezes, também já foi criminalizada, primária e secundariamente, como se fora um crime político³²² (2009, p. 283ss e 353ss).

Embora seja, de fato, praticamente impossível conceituar exaustivamente bem jurídico (TAVARES, Teoria do injusto penal, 2003, p. 181), é imprescindível verificar que, muitas vezes, confunde-se bem jurídico e finalidade da norma. É o que acontece, como bem diz **Tavares**, em muitos manuais que, a todo o custo, buscam encontrar o bem jurídico que determinado tipo penal protegeria; “essa metodologia garante a aplicação da norma incriminadora sem nenhum questionamento acerca de sua legitimidade, valendo o bem jurídico como mero exercício retórico ou marco de referência classificatório” (2003, p. 190).

Nos últimos tempos, seguindo a tendência de administrativização do direito penal (cf. item 4.5.1), muitas leis penais têm confundido, como diz **Tavares**, bem jurídico e função. A noção de função encerra atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo (2003, p. 203). Bem jurídico, para se destacar da confusão com o conceito de função, deve considerar que, para além do controle estatal, sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa ou às suas condições sociais.

³¹⁵ O pífio argumento da “liberdade de trabalho” foi o que prevaleceu no CP brasileiro de 1890 (art. 205 e 206) e em antigos CP’s da Argentina e de Portugal.

³¹⁶ A “organização do trabalho” foi o “fundamento” para criminalizar o aliciamento para greve pacífica no DL 9.070, de 1946 (art. 14, IV).

³¹⁷ No CP Rocco (art. 502) e no Projeto **Alcântara Machado** (art. 212), a “economia nacional” era o argumento.

³¹⁸ O DL 1.239/39 (art. 83) e a CLT (art. 725) invocavam a “administração da justiça”.

³¹⁹ Esta a lição de **Masé-Dari**, citada por **Enea Noseda**, na Enciclopédia de **Pessina** (1909, p. 1.039).

³²⁰ Na Rússia czarista, este teria sido o critério de uma lei de 1893 (NOSEDA, 1909, p. 1.039).

³²¹ Ambas as proposições ocorreram em julgados de tribunais alemães (FRAGOSO C. , 2009, p. 290ss).

³²² Isto ocorreu, no plano da criminalização primária, em várias leis brasileiras que definiam crimes políticos: lei 38/1935 (art. 19), DL 431/1938 (art. 3.º, 22), DL 510/1969 (art. 39, IV), DL 898/1969 (art. 45, IV), e lei 6.620/1978 (art. 42, IV). No plano da criminalização secundária, greves pacíficas sem propósito subversivo foram frequentemente enquadradas como incitação à desobediência coletiva às leis ou até ao ódio entre as classes sociais (art. 33, I, II e IV, DL 314/67, art. 39, I, II e IV, DL 898/69, e art. 36, I, II e IV, Lei 6.620/1978).

Exemplos claros dessa tendência à migração para que “funções” substituam ou se tornem “bens jurídicos” está na menção, nos títulos de determinadas leis, a “ordens” ou a “sistemas”: i.e., “crimes contra a ordem tributária”, “crimes contra a ordem econômica”, “crimes contra o sistema financeiro nacional”; essas denominações, que não eram comuns em leis penais mais antigas³²³, propiciam que meras funções administrativas sejam elevadas à condição de bens jurídicos, favorecendo interpretações ampliativas dos tipos e dos fundamentos de punibilidade. Ou seja, o bem jurídico passa a ser a própria ordem ou o próprio sistema: p.ex., **Tigre Maia** diz claramente, quanto à lei 7.492/86, que “o bem jurídico que fundamenta e valida globalmente sua existência [a da lei] é o sistema financeiro nacional” (1996, p. 15).

4.7.3.3. Direito penal da vontade e de perigo (Willens- und Gefährdungsstrafrecht) no Brasil

Embora não se possa dizer que o direito penal brasileiro contemporâneo tenha deixado de ser um Erfolgsstrafrecht, nota-se uma leve tendência à adoção de certos aspectos de direito penal da vontade e de direito penal de perigo.

No que toca ao direito penal da vontade (Willensstrafrecht), sua adoção se evidencia particularmente por uma tendência à restrição, pela jurisprudência, das hipóteses de crime impossível. No furto simples, por exemplo, a jurisprudência do STJ tem implacavelmente se orientado, sem embargo da alta tecnologia hoje existente em inúmeros estabelecimentos e mesmo quando o agente foi preso por causa dessa tecnologia, no sentido de que “o fato do paciente estar sendo vigiado por fiscal do estabelecimento comercial ou a existência de sistema eletrônico de vigilância não impede de forma completamente eficaz a consumação do delito, de modo a se reconhecer caracterizado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados” (HC 153.069/SP, 6.^a T., rel. **Min. Og Fernandes**, DJe 03/05/2010).

Direito penal de perigo (Gefährdungsstrafrecht) tem sido crescentemente adotado na criminalização primária; é uma tendência que se intensificou precisamente a partir do fim da ditadura militar, quando o fantasma da “segurança nacional” foi substituído pelo monstro da “segurança pública”. **Juliana Cabral**, ao estudar “Os tipos de perigo e a pós-modernidade”, comparou a produção legislativa penal de dois períodos (entre 1942 e 1957, e entre 1985 e 2000), chegando à conclusão de que: **i.** no primeiro período, foram criados “cem tipos de

³²³ Por exemplo, os atuais “crimes contra a ordem tributária” (l. 8.137/90) eram, antes, os “crimes de sonegação fiscal”, e os atuais “crimes contra o sistema financeiro” eram, antes, “crimes contra a economia popular”.

dano, 14 de perigo e oito híbridos. O que significa dizer que os delitos de perigos restringem-se a um patamar de 11,47% e os híbridos, a 6,56%"; e **ii.** no segundo período, "200 tipos de dano, 144 de perigo e 28 híbridos. O que significa dizer que os delitos de perigos assumem um patamar de 38,70% e os híbridos, de 7,52%" (2004, p. 200 e 206). Ou seja, em termos percentuais, a quantidade de delitos redigidos em termos de um *Gefährdungstrafrecht* aumentou tremendamente.

De fato, principalmente no direito penal econômico, inúmeros tipos penais tem sido redigidos de modo a que não se exija nenhum resultado de dano para a sua configuração. Isto se dá, p.ex., nos tipos de gestão fraudulenta e de gestão temerária de instituição financeira (art. 4.º, e se parág. ún., l. 7.492/86); é interessante ver que, na lei anterior (l. 1.521/51), tais crimes só se configuravam se houvesse um resultado de "insolvência", "falência" ou "não cumprimento de cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados" (art. 3.º, IX). **Renato Jorge de Mello Silveira**, em trabalho específico sobre o tema, diz que o direito penal de perigo, "aparentemente, finca-se como regra, entre outros, no direito penal econômico" (2006, p. 182). No direito penal ambiental, a tendência a criminalizações de perigo é clara: a lei 9.605/98 traz — informa **Juliana Cabral** — 11 delitos de dano, 38 de perigo e 3 híbridos (2004, p. 205).

A regra, ainda constante do art. 31 CP³²⁴, que proclama a impunibilidade de atos preparatórios ou de atos de participação, se o crime não chegou a ser tentado, ainda é um baluarte relativamente intocado. É muito fácil, todavia, contorná-lo: basta criar, para o ato preparatório ou de participação, modalidades equiparadas ao crime "principal", que passam, portanto, a serem puníveis autônoma e independentemente. Isto já se verificava, desde a década de 1960, para os crimes de tóxicos (vide as inúmeras leis que sempre incluíram verbos novos, num fenômeno que **Zaffaroni** ironicamente chama de "milagre da multiplicação dos verbos") e para os crimes contra a segurança nacional. Há, hoje, uma tendência de punir atos preparatórios: **Silva Sánchez** noticia que, na Espanha, discute-se a punição de conspiração, proposição e provocação (2009, p. 50ss).

Esta equiparação também se faz, muitas vezes, para evitar que o agente responda por crime considerado menor: por exemplo, não pratica mera quadrilha (que tem pena de 1 a 3 anos, cf. art. 288, CP), mas sim o próprio crime de lavagem de dinheiro (com pena de 3 a 10 anos) quem se cinge a "participa[r] de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de

³²⁴ "Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado"

que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei” (art. 2.º, III, l. 9.613/98).

Na esteira da administrativização do direito penal, muitas e muitas vezes têm sido criados tipos penais de perigo abstrato (ou perigo presumido ou, como bem diz **Zaffaroni**, crimes de “perigo sem perigo”), que se configuram pela mera ausência de licença ou de autorização (cf. arts. 55, 56, 60 etc.). Muitas vezes, essa criminalização de condutas de perigo abstrato leva a penas absolutamente desproporcionais: é o caso, p.ex., das penas instituídas, pela lei 9.677/98, para vários crimes contra a saúde pública (dez a quinze anos, cf. art. 273 CP³²⁵, p.ex.), que, em seguida, foram tornados hediondos (l. 9.695/98). Nesse crime do art. 273, CP, não se exige resultado, nem exige nocividade à saúde, o que leva a que, como ressalta **Miguel Reale Junior**, seja punível mesmo a adulteração benéfica (1999, p. 423).³²⁶

Mas essa tendência a um direito penal do perigo não se cinge à produção legislativa. A interpretação dos tribunais e da doutrina, de delitos cujas redações se encontram inalteradas e consolidadas há muitos anos, tem sofrido alterações bastante significativas, que tem transformado delitos de dano em delitos de perigo; isto é, também na criminalização secundária, nota-se uma migração para um direito penal de perigo.

Isto se verifica, p.ex., na tendência à antecipação da consumação dos crimes de roubo (há algum tempo!) e de furto (mais recentemente!), na jurisprudência nacional e em alguns de nossos autores. O roubo e o furto se caracterizam precisamente pelo mesmo verbo reitor (“subtrair”), não havendo razão alguma para que tal verbo seja interpretado mais amplamente em um caso e mais restritamente noutro. **Nelson Hungria** dizia que, afora as correntes extremas, haveria duas interpretações possíveis: (i) já há consumação quando o agente consegue se afastar da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do dominus, ainda que, perseguido, venha a ser imediatamente despojado; e (ii) só há consumação quando o agente conseguia estabelecer um estado tranquilo (“posse mansa e pacífica”), embora transitório, de detenção da coisa pelo agente. **Hungria**, com sua habitual veemência, dizia: “Inclino-me, decididamente, por esta última solução. Penso, aliás, que é a única aceitável perante nosso direito positivo” (1955, p. 23)³²⁷; essa lição foi seguida por

³²⁵ “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: pena — reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa”

³²⁶ **Angelo R. Ilha da Silva**, pela má redação do tipo, chega a dizer que “evidentemente o aplicador da lei, por mais positivista que seja, não se atreverá a infligir uma pena de 10 (dez) anos a quem, alterando produto medicinal, contribua em favor do valor terapêutico do produto, mas é precisamente isso que o tipo está a impor” (2003, pp. 110-1)

³²⁷ Assim, **Heleno Fragoso** (1995, p. 192 e 206) e **Luiz Régis Prado** (2010a, p. 303 e 320).

muitos autores³²⁸, vigorando, por muito tempo, como corrente majoritária, a exigência de posse mansa e pacífica da coisa furtada ou roubada.

Há alguns anos, começando pelo roubo, houve um processo de migração da jurisprudência e de parte da doutrina para a primeira posição. Durante certo tempo, havia duas interpretações diferentes para “subtrair”: a primeira posição vigorava quanto ao roubo, e a segunda vigorava quanto ao furto. Essa discrepância ainda se vê em **Cezar Roberto Bitencourt**: diz ele, de um lado, que “consuma-se o furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em conseqüência, a posse tranquila, mesmo passageira, por parte do agente” (2010, p. 42); mas, quanto ao crime de roubo, defende ele que “a consumação do crime de roubo se perfaz no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, subtraída mediante violência ou grave ameaça, independentemente de sua posse mansa e pacífica” (2010, p. 116).³²⁹

Hoje, todavia, observa-se, nos tribunais, quanto ao roubo, uma posição amplamente consolidada, e quanto ao furto, uma posição em vias de se consolidar, no sentido de que bastaria retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima, ainda que não fosse estabelecida posse mansa e pacífica (p.ex., no caso de o agente ser perseguido).³³⁰

Essa posição quanto ao momento consumativo dos crimes de roubo e de furto espelha, claramente, a influência do medo na interpretação das leis penais. Essa interpretação mais dura não é explicada racionalmente pelos tribunais nem pelos autores, levando a crer que se deve, assim, a medos irracionais, que fazem com que aflore o afã de “segurança cidadã”. Sustentar a consumação do crime de roubo (ou do de furto) com a mera retirada da esfera de vigilância representa torná-lo um crime de perigo. É precisamente o que a

³²⁸ “O furto não se pode dizer consumado senão quando a custódia ou vigilância, direta ou indiretamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Se o ladrão é encaçado, atro seguido à apreensão da coisa, e vem a ser privado desta, pela força ou por desistência involuntária, não importa que isto ocorra quando já fora da esfera de atividade patrimonial do proprietário: o furto deixou de ser consumar, não passando da fase de tentativa. Não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono” (1955, p. 23). Quanto ao roubo, **Hungria** dizia “o momento consumativo é o da subtração patrimonial, aplicando-se os mesmos critérios expostos em relação ao furto” (1955, p. 58)

³²⁹ Credo que a consumação, tanto no furto quanto no roubo, ocorre pela mera tirada da esfera de vigilância, há outros autores. Veja-se, por todos, **Fernando Capez** (2003, p. 350 e 381).

³³⁰ Acórdão recentíssimo do STJ, quanto ao roubo, chega a dizer isto na ementa: “A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal se consolidou no sentido da desnecessidade da posse mansa e pacífica da res furtiva para a consumação do crime de roubo” (6.^ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, HC 206.788/Sp, DJe 17.08.11). Já são, todavia, facilmente observáveis acórdãos que querem levar a tendência de direito penal de perigo ao crime de furto: “A posse mansa e pacífica da coisa furtada é desnecessária para a caracterização do delito de furto consumado, bastando que o bem saia da esfera de vigilância da vítima” (STJ, 5.^ª T., HC 152.051/MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 17.12.2010).

jurisprudência tem feito no caso do crime de roubo e furto: mesmo sem qualquer alteração de redação, tornou-o um delito submetido ao *Gefährdungstrafrecht*.³³¹

4.7.3.4. Direito penal de autor (*Täterstrafrecht*) no Brasil

Em termos de criminalização primária, predomina, no Brasil, um *Tatstrafrecht* (direito penal do ato), pois os tipos penais quase sempre descrevem condutas criminosas, e não personalidades criminosas. Podem ser indicadas, todavia, algumas exceções bem claras, em que se adota um *Täterstrafrecht*.

Uma dessas exceções é o artigo 25 da Lei das Contravenções Penais, que sanciona, com pena de dois meses a um ano, e multa, o fato de “ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”. Este artigo guarda clara correspondência com o § 245a, introduzido pela lei nazista de 24.11.33 (cf. item 3.7.3.4, *supra*), e chega a ser mais amplo porque não exige condenação anterior: se contenta com ser o imputado “conhecido como vadio ou mendigo”. Outro exemplo é a contravenção penal de vadiagem, prevista no art. 59 LCP, e que pune, com pena de prisão simples, de quinze dias a três meses: “entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”. Em ambos os casos, aspectos da personalidade do agente (anteriores condenações, a condição de vadio, a ausência de renda etc.) são elementos normativos essenciais à configuração das infrações penais. Em ambas as incriminações, “o ato é só uma lente que permite ver uma característica do autor na qual se deposita o desvalor”, que é precisamente a nota distintiva do direito penal de autor (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, 2005, p. 49)

A crucial importância das idéias do direito penal de autor está, todavia, na criminalização secundária. Aspectos da personalidade do agente são profusamente usados para influenciar o se e, principalmente, o como de imputações e de condenações penais. Os

³³¹ **Hungria**, para criticar essa corrente, diz, precisamente, que se não há posse tranqüila, há mero perigo: “a sua propriedade sofre sério perigo, mas não propriamente uma efetiva lesão: a sua posse, como exercício da propriedade, foi perturbada, mas não definitivamente suprimida. Poder-se-ia falar em perigo de dano, mas não em dano real e concreto. (...) Não se pode considerar espoliação uma intercorrente detenção momentânea e apoquentada da coisa pelo atacante” (1955, pp. 23-4)

antecedentes penais, por exemplo, são usados muito frequentemente (embora isto não seja, em regra, admitido pelos juízes!) para condenar o agente. Um caso antigo e explícito, julgado pelo STF em 1970, e inserido em um verbete da Jurisprudência Criminal de **Helena Fragoso**, leva-o a ter de afirmar que “meros antecedentes desabonadores não bastam para condenar”(1982, p. 16).

Hoje em dia, os antecedentes criminais ainda são profusamente invocados, no Brasil, como um co-argumento para condenar. **Alessandro Nepomoceno**, estudando as fundamentações de acórdãos de furto, chegou à conclusão de que há uma “vocação pelo direito penal de autor quando o bem jurídico é o patrimônio”, pois “principalmente para condenar, os antecedentes e a reincidência são lembrados são lembrados ao longo do acórdão, no af  de demonstrar a inclina o de sujeito ativo do crime” (2004, p. 198). E **Nepomoceno** conclui: o “estereótipo do ladrão é confirmado em cada vez que diz que o autor tem a personalidade inclinada ao crime” (2004, p. 199). Mais frequentemente ainda, os antecedentes estão no second code (o código ideológico) de que fala **Nepomoceno**: isto é, naquelas “motiva es que não aparecem, mas acontecem no ato de julgar alguém” (2004, p. 129).

Os antecedentes penais e diversos aspectos da personalidade do agente são, por igual, muito usados para a interpreta o do alcance da tipicidade penal. Isto ocorre claramente, por exemplo, na delimita o entre os delitos de tráfico e de porte de drogas. Na medida em que não se estabelece, na lei, qual a quantidade necessária para que alguém seja considerado traficante, são amplamente usados, pela polícia e pelo Judiciário, aspectos da vida do acusado que nada têm a ver com o ato em si. O local onde a pessoa mora e sua situa o sócio-econômica são bastante invocados para caracterizar alguém como traficante ou como usuário; um morador de área nobre e um morador de favela, encontrados com a mesma quantidade de droga, serão provavelmente enquadrados diversamente (o primeiro se presume usuário, com dinheiro para comprar grande quantidade, e o segundo se presume traficante; todavia, é claro que a situa o real pode ser justamente a inversa).³³²

No âmbito processual penal, aspectos da personalidade e dos antecedentes do agente são ainda bastante usados para vedar direitos processuais. Até a lei 11.719/2008, o direito de apelar em liberdade era vedado àqueles que não fossem primários e de bons antecedentes (cf.

³³² Como a lei penal não precisa a quantidade, “recai sobre os policiais a incumbência de categorizar alguém como usuário e traficante, corroborando a seletividade operativa do sistema penal e a condi o de direito penal de autor” (BRITO, 2010, p. 39)

antigo art. 594, CPP) e, até a lei 12.403/2011, o indiciado, pelo mero fato de ser vadio, podia ser preso preventivamente (cf. antigo art. 313, II, CPP). Hoje, o indiciado, pelo mero fato de ser reincidente, também, pode ser preso preventivamente, mesmo que o crime tenha pena inferior a 4 anos (cf. atual art. 313, II, CPP).

No que toca à dosimetria da pena, as manifestações de direito penal de autor são ainda mais evidentes, pois o art 59 CP³³³ escancara a possibilidade de que o juiz use circunstâncias dos antecedentes e da conduta social para fixar a pena. Como bem diz **Juarez Tavares**, os juízes costumam considerar esses critérios suplementares (à culpabilidade) do art. 59 CP como condições que tanto podem aumentar quanto diminuir a pena (2011, p. 139), e muitas vezes afirmam, para aumentar a pena, que o autor tem personalidade voltada para o crime; essa afirmação — continua **Tavares** — “inclui-se no âmbito desses preconceitos e estereótipos, pertencendo, assim, a um juízo moral negativo, que nada tem a ver com a avaliação efetiva da personalidade, ou da vida mental do sujeito, em confronto com sua forma de adaptação ao ambiente” (2011, p. 149). A extirpação do autoritarismo do direito penal de autor na fixação dos elementos do art. 59 CP exige, como propõe **Tavares** que “a apreciação [da personalidade] deve ficar subordinada aos limites impostos pela culpabilidade, e sua deficiência ou distúrbio só deve conduzir à atenuação de pena”(2011, p. 152).

Além disso, o art. 61, I, CP impõe agravamento de pena no caso de reincidência; liderados por **Zaffaroni** (2005, p. 769), muitos autores mostram que esse agravamento de pena constitui dupla apenação por fato já punido. **Helena Fragoso**, no início da década de 1980, dizia que essa apenação dificilmente podiam ser reputadas calcadas na culpabilidade:

“Os códigos prevêm a agravação da pena pela reincidência e pela habitualidade, o que significa a elevação da pena pela condição pessoal do delinqüente, que também compromete a lógica do sistema clássico. As teorias formuladas para justificar, nesses casos, o aumento de pena, com base no princípio da culpa, eram, evidentemente, artificiais” (2003, p. 550).

Mas a maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais resiste: **Nucci**, p.ex., diz que “a idéia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade”; para ele, a individualização da pena exigiria esse aumento, pois o autor “demonstra persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade”(2011, p. 487).³³⁴ Esquece-se **Nucci** de considerar que a

³³³ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

³³⁴ E o fato de o art 59 CP mencionar a personalidade é argumento de reforço para **Nucci**: “Ademais, se a reincidência fosse considerada inaplicável, como agravante, o que se diria de todas as circunstâncias agravantes do art. 59 do Código Penal?”

prisão estigmatiza e, assim, aumenta a vulnerabilidade do agente ao sistema penal, tornando-o alvo mais fácil para uma nova criminalização secundária, o que deveria, em verdade, diminuir a sua culpabilidade e, conseqüentemente, sua pena.

As aberturas para a infiltração de direito penal de autor constituem, sempre, brechas para manifestações de um poder punitivo autoritário. Como bem diz **Roxin**, “um ordenamento jurídico que se funda em princípios do Estado de direito, irá sempre tender ao direito penal do fato” (2006, p. 179); e **Zaffaroni** completa: “em sua coerência completa, o direito penal de autor parece ser produto de um desequilíbrio do juízo crítico deteriorante da dignidade humana daqueles que o padecem e também daqueles que o praticam” (2005, p. 50).

4.7.3.5. Antijuridicidade material e crimes omissivos: tendências expansivas

Não há, hoje, no Brasil, teorias que advoguem abertamente que a antijuridicidade material deva prevalecer sobre a antijuridicidade formal, tal como ocorria no direito penal nazista. Subrepticamente, todavia, a concepção da prevalência da antijuridicidade material tem espalhado os seus tentáculos no sentido de extrapolar a antijuridicidade formal. Isto leva, anota **Zaffaroni**, à construção de um “injusto supralegal”, que abarca o que não é formalmente antijurídico (2005, p. 461). É a ideia latente de que a periclitacão social³³⁵ (que seria, no atual direito penal de perigo, o substrato da antijuridicidade material, que **v. Liszt** via antes na danosidade social) pode transbordar a mera contravenção à lei (tradicional substrato da antijuridicidade formal) para criar hipóteses de legitimação da criminalização.

Esse transbordamento da antijuridicidade formal pode se dar de inúmeras maneiras; por exemplo: **(i)** na medida em que a antijuridicidade formal se liga ao princípio da legalidade, ele ocorre no momento em que inconfessadamente — eis que com argumentos diversionistas — se permite analogia em matéria penal, como foi o caso, citado no item 4.7.3.1, que trata da falta grave em caso de presidiário que porta mero chip de telefone celular; **(ii)** quando um juiz aumenta uma pena ou impõe regime prisional mais severo tão somente em virtude de sua opinião subjetiva acerca da gravidade em abstrato de um crime (ou seja, do grau do ilícito), manifesta-se aqui pulsão da antijuridicidade material que quer

Se alguém pode sofrer penalidade mais grave simplesmente por apresentar personalidade perversa, é mais que natural deva o reincidente experimentar sanção mais elevada” (2011, p. 487).

³³⁵ Em outras épocas, falava-se em danosidade social (**v. Liszt**) ou em danosidade ao povo (juristas nazistas), mas, na época do direito penal de perigo, basta a periclitacão social para dar conteúdo à antijuridicidade material.

suplantar a antijuridicidade formal³³⁶; ou (iii) quando são empregadas, em um tipo, elementos normativos tão vagos, que a antijuridicidade formal não consegue conter “interpretações” materializantes expansivas.³³⁷

Neste item, todavia, foca-se na pulsão pela adoção da antijuridicidade material em crimes omissivos. Observa-se, hoje, uma tendência à expansão dos crimes omissivos, que se exprime pela adoção, cada vez maior, de tipos com condutas omissivas (normalmente sem que estejam devidamente estabelecidos o conteúdo e os limites do dever de agir), e pela pulsão por expansão das fontes do dever de garantidor.

Como afirma **Juarez Tavares**, a partir dos anos 1990 começaram a brotar desordenadamente tipos penais omissivos em matéria tributária e previdenciária (1996, p. 99). Em matéria tributária, p. ex., surgiu, com a lei 8.137/90, o crime de falta de atendimento a exigência da autoridade (art. 1.º, parág. ún.), sem que se estabelecesse claramente o conteúdo da exigência e sem que se considerasse a existência do privilégio contra a auto-incriminação, além de modalidades omissivas nos incs. II e IV do art. 2.º; essas condutas omissivas não eram incriminadas pela anterior lei 4.729/65.

Nos últimos anos, intensificou-se também a inserção, em alguns tipos penais, de uma referência a que o crime se configura se o agente faz algo que até não sabe, mas que “deve” ou “deveria saber” ser proibido: isto ocorreu, p.ex., no tipo de receptação qualificada (art. 180, § 1.º, CP, na redação dada pela lei 9.426/96) e na causa de aumento de pena do art. 234-A, IV, CP (na redação da lei 12.015/2009). Esta expressão “deveria saber” ou “deve saber” implica claramente uma facetaomissiva³³⁸, pois denota que o agente tinha o dever de tomar conhecimento de algo, mas não tomou — essa omissão de “dever de saber” é componente essencial à configuração do crime. Ocorre que a lei não estabelece, nessas hipóteses, quando é que o agente “deveria saber”: ou seja, qual o conteúdo, o fundamento e quais os limites desse dever que o agente omitiu? Essa determinação fica claramente a cargo do juiz, permitindo, com sua ambigüidade, que o “dever de saber” seja, em nenhum parâmetro, concretizado não por outras normas, mas por “ordens concretas da vida”, tal como defendia **Carl Schmitt**.

³³⁶ E foi para conter esta modalidade de autoritarismo que o STF editou a Súmula 718, que comanda que “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

³³⁷ Neste ponto deve ser seguida a lição de **Giuseppe Bettiol**, reproduzida e endossada por **Alcides Munhoz Netto**: “Num ordenamento jurídico-penal que pretenda tutelar a liberdade do indivíduo, os elementos descritivos devem prevalecer sobre os normativos, a fim de que nem tudo seja remetido à concreta decisão do magistrado” (1982, p. 22).

³³⁸ Ao comentar o art. 130 CP, que continha (e contém) a mesma expressão, **Hungria** já frisava essa faceta omissiva que a expressão “deve saber” implica (1979, p. 405).

Quanto aos crimes omissivos impróprios, vigorou durante muito tempo, em nosso direito penal, rematada violação ao princípio da legalidade: apesar de não haver, até a Parte Geral de 1984, nenhum dispositivo legal que estabelecesse as fontes do dever de garantidor, quase toda a doutrina sustentava que determinadas omissões eram equivalentes a ações, o que permitiria a punição do omitente como se tivesse atuado.³³⁹ A nova Parte Geral, no art. 13, § 2.º, adotou claramente um critério formal na fixação dos deveres de garantidor, que tem como fontes a lei, a assunção de responsabilidade e a ingerência.³⁴⁰

É precisamente o dever de agir que fundamenta a antijuridicidade nos crimes omissivos impróprios. Na medida em que se reconheçam deveres de agir que defluam de fontes além daquelas instituídas no art. 13, § 2.º, CP, estar-se-á diante de clara admissão de fundamentação de antijuridicidade material fora da lei formal.

Outra hipótese, certamente mais comum, mas igualmente perigosa, está no fato de que as fontes formais estão redigidas de modo muito amplo, o que permite que praticamente tudo possa ser, por uma interpretação perversa, incluído, p.ex., na “assunção, de outra forma, de impedir o resultado” (art. 13, § 2.º, b, CP). Neste ponto, basta ver uma divergência entre **Aníbal Bruno** e **Heleno Fragoso**: aquele diria que

“podemos incluir aí, também, situações que resultam do fato de pertencer o indivíduo a certas associações ou agrupamentos especiais, que criam, embora transitoriamente, uma certa comunidade de vida e de perigo e um regime de mútua confiança, como acontece com os membros de expedições arriscadas, tripulações de barcos, grupos alpinistas, no que se refere a perigo para a vida ou para o corpo” (1967, pp. 300-1).

E este discordava:

“não nos parece adequado estender os limites do crime comissivo por omissão para abranger também essas hipóteses, que se referem exclusivamente a deveres morais. O tripulante de um barco que, podendo, não socorre outro em situação de perigo, comete apenas uma omissão de socorro” (1982a, p. 46).³⁴¹

³³⁹ **Everardo Cunha Luna** defendia, em trabalho de 1965, a compatibilidade dos crimes omissivos impróprios com o princípio da legalidade, mas, a partir do colóquio, realizado em 1982, preparatório ao XII Congresso da AIDP, reformulou sua opinião (MUNHOZ NETTO, 1982, p. 8). Pela incompatibilidade, **João Bernardino Gonzaga** e **Heleno Fragoso** (1982a, pp. 45-6) e **Alcides Munhoz Netto** (1982, pp. 21-22).

³⁴⁰ “Art. 13. [...] 2.º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.” Esse artigo repete a fórmula do mesmo artigo e parágrafo do CP de 1969; no Anteprojeto de 1963 (art. 14, § 1.º), não se falava em assunção, de outra forma, de responsabilidade, mas em relação contratual.

³⁴¹ Mais recentemente, **Cury** também se opõe a essa equivalência: “Pode-se sentir inclinado, certamente, a condenar, do ponto de vista ético, a conduta do omitente. Em meu conceito, sobre tais considerações há de primar, sem embargo, a necessidade de sustentar rigorosamente os limites do tipo. É claro que em uma sociedade como a nossa a existência de obrigações impostas pela solidariedade adquire cada vez mais relevo. Possivelmente, algumas dessas situações deveriam ser aceitas por tipos expressos de comissão por omissão. Enquanto assim não ocorre, a reação penal há de amesquinhar-se.

Mesmo a referência à lei no art. 13, § 2.º, a, CP, dá margem a interpretações divergentes, pois alguns pretendem que por “lei” se entenda, também “decreto”, “regulamento”,³⁴² etc.; outros exigem lei em sentido estrito.³⁴³ A violação ao princípio da legalidade, na primeira hipótese, é flagrante, e pode dar ensejo a abusos autoritários.

Há, hoje, uma tendência enorme à admissão de responsabilidade penal por omissão imprópria³⁴⁴, principalmente nos crimes econômicos e nos crimes ambientais.³⁴⁵ **Marcelo Almeida Ruivo**, em livro recente sobre o crime de gestão fraudulenta, chega a dizer que tal responsabilização “parece não apresentar maior obstáculo dogmático”, e diz que

“necessário é definir, no caso específico, a origem do dever de garante dos administradores que poderá ser uma das três modalidades: (a) legal, v.g. o art. 155, § 1.º, da lei 6.404/76 para o crime de uso de informação privilegiada do art. 27-D, da lei 6.385/86 (art. 13, § 2.º, a, CP); (b) contratual para os administradores profissionais (art. 13, § 2.º, b, CP); (c) ou ainda por ingerência criadora do risco de ocorrência do resultado perigoso e portanto, imponente do dever da sua evitação ou afastamento (art. 13, § 2.º, c, CP)” (2011, p. 171).

Não é possível concordar com a tese de que a responsabilização por omissão imprópria não apresenta maior obstáculo dogmático; a mera referência às fontes formais é amplamente insuficiente para fundamentar tal responsabilidade. Como anota **Juarez Tavares**, “não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal” (1996, p. 71): devem estar cumulativamente presentes, além desses fundamentos formais, os fundamentos materiais, que se limitam reciprocamente e, conjuntamente, limitam o poder punitivo. O CP brasileiro, para além do art. 13, § 2.º, CP, devia prever uma cláusula de identidade (e não mera equivalência) entre ação e omissão, que, atuando junto com as fontes formais, precisasse os elementos materiais que compõem essa punibilidade (TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 81).³⁴⁶

Ser pródigo, com o objetivo de criar uma sensibilidade social, além de infrutífero, pode se prestar a todo o gênero de abusos” (2005, p. 683).

³⁴² Assim, **Luiz Luisi**.

³⁴³ Assim, **Sheila de A. Bierrenbach** (1996, p. 133) e **Renata Rieger** (2011, pp. 156-7).

³⁴⁴ Sobre esta tendência, vide a recentíssima obra, de livre-docência, de **Janaina Conceição Paschoal** (*Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*, 2011).

³⁴⁵ Quanto aos crimes econômicos, vide dissertações de **Flávio de Oliveira Lucas** e de **Marcelo de Almeida Ruivo** (*Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*, 2011); quanto aos crimes ambientais, a dissertação de **Renata Jardim da Cunha Rieger** (*A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*, 2011)

³⁴⁶ Nesse sentido da necessidade de conjugação dos critérios materiais e formais, vide **Renata Rieger**: “é necessário, contudo, além da previsão legal da hipótese de garantia, encontrar fundamentos materiais que legitimam a equiparação do non facere ao facere” (2011, p. 157)

A melhor saída seria a de que, para além da indicação precisa, na Parte Geral, dos pressupostos materiais e formais da identidade entre ação e omissão, fosse prevista, na Parte Especial e nas leis extravagantes, tal como ocorre com os crimes culposos, expressa e explicitamente, os tipos penais em que seria admissível a responsabilização por omissão imprópria.³⁴⁷ A dogmática dos crimes omissivos requer cuidados redobrados. Tergiversar no que toca ao respeito ao princípio da legalidade pode ter conseqüências terríveis; como adverte **Enrique Cury**, “por este flanco desguarnecido del principio de reserva amenaza desbordar todo el sistema” (1975, p. 27).

4.7.3.6. Culpabilidade e periculosidade no direito penal brasileiro

Ao longo da história do estabelecimento de um juízo de vinculação entre o injusto e a pena, pode-se dizer que culpabilidade e periculosidade são verdadeiras “irmãs siamesas”, que, embora sejam dois seres, compartilhem os mesmos órgãos (a cada geração penal podem ser órgãos um pouco diferentes!) e cuja separação para vida autônoma é praticamente impossível. Seja entre seus elementos formais, seja pela admissão de um largo conceito material de culpabilidade, seja, ainda, pela funcionalização do conceito de culpabilidade, a periculosidade tem sempre conseguido manter-se influente no interior do juízo de culpabilidade, que, por definição, vincula injusto e pena. Por isso, **Zaffaroni** diz que, historicamente, a culpabilidade tem sido um equivalente funcional da periculosidade (2000, p. 627).

A teoria psicológica da culpabilidade (defendida por **v. Liszt**) não trazia, em seus elementos formais, aspectos da periculosidade, mas como diz **Zaffaroni**, essa não era uma verdadeira teoria da culpabilidade (não era uma teoria da autodeterminação!), mas sim uma teoria da imputação subjetiva; essa afirmação se deve ao fato de que **v. Liszt** — prossegue **Zaffaroni** — evitava qualquer discussão quanto à autodeterminação na teoria do delito, e a imputabilidade, à época, era mero pressuposto, não elemento, da culpabilidade (2000, p. 628). Mas, veja-se que, na 20.^a edição de seu Tratado (1914), **v. Liszt** daria um conteúdo material à culpabilidade: “atitude interna associal”; aí estava a abertura para vinculação com a personalidade e o caráter do agente e, portanto, para imiscuir-se a periculosidade. E **Grünhut** diria claramente que a periculosidade do agente é objeto da reprovação da culpa, sendo, por

³⁴⁷ **Munhoz Netto**, “não há motivos para não definir legislativamente as fontes de dever de evitar o resultado e para não limitar a punibilidade da omissão imprópria a determinados crimes. Não vale argumentar com a impossibilidade de circunscrever exaustivamente em tipos legais a imensa variedade de possíveis situações de dever de agir” (1982, p. 22).

isso, um momento da culpa (MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 1931, p. 258). Essa materialização do conceito de culpabilidade, permitindo a permanência de pulsões perigosistas se mantém na teoria normativa da culpabilidade.

A escola positivista italiana substituiria, sem mais, a imputação subjetiva pela periculosidade do agente. A periculosidade positivista, diz **Zaffaroni**, era um juízo policial administrativo que tinha por objeto o exercício arbitrário do poder punitivo sobre todos os que se encaixavam no estereótipo criminoso (2000, p. 628); portanto, a inclusão sub-reptícia e reetiquetada da periculosidade, seja como um elemento formal, seja pela via da materialização do conceito de culpabilidade, seja pela funcionalização do conceito de culpabilidade, representa inserir o autoritarismo no coração do sistema jurídico-penal.

Sob o nazismo, autores alinhados ao movimento nacional-socialista inseriram, entre os elementos do conceito formal de culpabilidade, idéias que provêm claramente da periculosidade: **Mezger** criaria a “culpabilidade pela condução de vida” e **Bockelmann** a “culpabilidade pela decisão de vida”. **Welzel**, de outro lado, embora não aderisse à inclusão de idéias de periculosidade no conceito formal de culpabilidade, defendia um conceito material de culpabilidade que confundia direito e moral (1940, pp. 58-9), tornando, assim, o juízo de culpabilidade permeável a pulsões perigosistas (cf. item 3.7.3.6, supra).

Os funcionalistas alemães — diga-se, desde já, partindo de pressupostos e chegando a resultados bem diversos — privilegiam paradigmas atrelados à prevenção. **Roxin**, no início dos anos 1970, partindo de que o livre arbítrio não seria uma realidade, mas uma ficção necessária, defende que a pena só se justificaria político-criminalmente, em função de necessidade preventiva; para ele, a medida da culpabilidade serviria apenas como limite máximo, e desnecessidades preventivas podem fazer com que a pena seja diminuída. Ele considera que o conceito normativo de culpabilidade tem de caminhar para um conceito de responsabilidade, que engloba a culpabilidade e a necessidade preventiva (2006, p. 858).

Já **Jakobs**, em linha com suas concepções sistêmicas, desenvolveu um conceito funcional de culpabilidade, que entende a culpabilidade como “atribuição preventivo-geral”(1997, p. 579ss). É o fim de prevenção-geral de exercício da fidelidade ao direito que dota de conteúdo o conceito de culpabilidade. O fim da culpabilidade é a estabilização da confiança na ordem perturbada pela conduta delitiva. Assim, a punibilidade de cada um — diz **Roxin** — não depende mais das circunstâncias de seu ato, mas, sim, do que presumivelmente seja necessário para o exercício do cidadão na fidelidade ao direito e na estabilização da confiança em seu ordenamento (2006, p. 867). Como diz **Davi Tangerino**,

em **Roxin**, a culpabilidade ainda é um limite à missão preventiva do direito penal, e ambos se combinam em um conceito superior de responsabilidade (Verantwortlichkeit); em **Jakobs**, a culpabilidade desaparece, cedendo passo à pura prevenção geral (2011, p. 257). A prevenção geral positiva, com as conseqüências que dela extrai **Jakobs** no contexto da culpabilidade equiparam-na, em efeitos, à periculosidade (ambos se nutrem, diz **Zaffaroni**, na razão de estado!), e viola a dignidade da pessoa humana, ao usá-la para fortalecer a confiança do resto no sistema e renormalizar a situação ou obter consenso (2000, p. 621). O conceito de culpabilidade é funcionalizado para atender aos reclamos da política criminal de prevenção de perigo. Essa funcionalização tem enorme potencial autoritário, na medida em que política é, como se sabe, poder.³⁴⁸

Não há, no Brasil, autores que admitam explicitamente as teorias nazistas da “culpabilidade por condução de vida”, nem da “culpabilidade por decisão de vida”. Alguns autores, todavia, admitem uma culpabilidade de autor, como “ponto secundário de apoio”(NUCCI, 2011, p. 464), embora não a agreguem aos seus conceitos de culpabilidade quando tratam do elemento do crime.³⁴⁹

No Brasil, as teorias da culpabilidade de **Roxin** e de **Jakobs** também não encontram defensores. A unanimidade dos autores brasileiros contemporâneos se mantém fiel à concepção normativa da culpabilidade, na linha do finalismo, não adotando o conceito superior de responsabilidade de **Roxin**, nem se rendendo à extrema funcionalização preventivista de **Jakobs** (PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, 2010b, p. 388; GOMES & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Direito Penal: parte geral, 2007, p. 569; BITENCOURT, Tratado de Direito Penal, 2003, p. 300ss). É interessante ver, neste ponto, que **Alexandre Araripe Marinho** que, no que toca à teoria do bem jurídico(2009, p. 155) e à finalidade da pena (2009, p. 451), se alinha a **Jakobs**, sequer menciona a teoria da culpabilidade do professor de Bonn (2009, p. 265ss).

³⁴⁸ De modo a buscar neutralizar o autoritarismo da funcionalização da culpabilidade para atuar em favor de objetivos típicos do juízo de periculosidade, **Zaffaroni** incorpora os resultados da criminologia crítica (que mostram a seletividade do sistema penal, em função da vulnerabilidade por adesão a estereótipo), criando o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade. Nessa busca por neutralizar a consideração da periculosidade do agente, **Zaffaroni** conceitua a culpabilidade como o “juízo que resulta da síntese de um juízo de reprovação baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulado conforme aos elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concretizou sua perigosidade, descontando do mesmo o correspondente ao seu mero estado de vulnerabilidade” (2000, p. 626)

³⁴⁹ **Rogério Greco** diz que, hoje, permite-se uma junção entre culpabilidade de ato e culpabilidade de autor, e parece admiti-la, mas não se posiciona explicitamente quanto a isto, nem indica em que medida cada culpabilidade repercutiria na pena (2008, pp. 394-5).

Muitos autores defendem que a culpabilidade e a periculosidade, no Brasil, são conceitos distintos e cumprem funções diferentes (GOMES & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Direito Penal: parte geral*, 2007, p. 575). A mera admissão como ponto secundário, da culpabilidade de autor (NUCCI, 2011, p. 464), que traz em si o gérmen da periculosidade, mostra que essa distinção não é tão clara assim. No plano das conseqüências práticas da culpabilidade e da periculosidade, que são as penas e as medidas de segurança (objeto do item seguinte), ficará ainda mais clara essa indistinção e certamente se verá que as funções se superpõem.

4.7.3.7. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro

É precisamente nas penas e nas medidas de segurança, que são as conseqüências finais práticas de todo sistema penal, que as mais variadas formas de autoritarismo deságuam. Neste item, serão abordadas apenas algumas manifestações específicas de autoritarismo no que toca às penas e às medidas de segurança e se verá em que medida a política penal nazista encontra paralelos na política penal brasileira contemporânea. O autoritarismo nas penas e nas medidas de segurança se verifica de várias maneiras:

- (i) primeiramente, por uma discrepância entre o discurso legitimador da pena ou da medida de segurança e sua prática concreta. Conforme lição teórica muito comum, a culpabilidade é pressuposto e medida da pena³⁵⁰, enquanto que a periculosidade é pressuposto e medida da medida de segurança.³⁵¹ Todavia, como adiante se verá, na prática, a periculosidade influencia na pena e a “culpabilidade” também influencia na medida de segurança;
- (ii) o medo que dispara o autoritarismo psicológico-social determina, em nome da segurança cidadã, um endurecimento na cominação, aplicação e execução das penas e das medidas de segurança;
- (iii) as penas e as medidas de segurança são impostas de maneira seletiva, de acordo com os estereótipos resultantes dos autoritarismos presentes em cada sociedade (como já se frisou no item 4.4, supra).

³⁵⁰ Quanto à pena, o art. 29 CP diz, claramente, isto: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

³⁵¹ Quanto à medida de segurança, o Código atual presume a periculosidade dos doentes mentais ou portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26 e 96, CP), estabelecendo que a medida perdura enquanto no cessar a periculosidade (art. 97, § 1.º, CP). Na Parte geral do CP de 1940, havia, no capítulo de medidas de segurança, uma regulação extensa da periculosidade (cf. antigos arts. 76, II, 77, e §§, 78, e §§), mostrando que a base da medida de segurança é a periculosidade.

A seguir, veremos as manifestações desses autoritarismos em cada fase da cominação, aplicação e execução das penas e das medidas de segurança.

Quanto às penas criminais, houve no Brasil, após o término da ditadura militar, um geral endurecimento do sistema, em todos os quadrantes: seja quanto à cominação (no rol e na escala de penas), seja quanto à aplicação, seja, ainda, quanto à execução.

O rol de penas foi acrescido, pela introdução de penas de “prestação pecuniária” e de “perda de bens e valores” (art. 43, I e II, CP, na redação da lei 9.714/98), e os efeitos penais da condenação foram ampliados, pela extensão do âmbito de aplicabilidade da “perda de cargo, função pública ou mandato eletivo” (art. 92, I, CP, na redação dada pela lei 9.268/96). Quanto ao crime de porte de drogas ilícitas, foram introduzidas, ainda, novas penas: “advertência sobre os efeitos das drogas” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, as quais podem ter o cumprimento garantido por “admoestação verbal” (art. 28, I, III e § 6.º, I, l. 11.343/2006).

Ainda no que toca à cominação, já se demonstrou, no item 4.5.1, que houve, em inúmeros âmbitos, um aumento expressivo das escalas penais e uma ampliação dos setores da vida social em que se efetivou a criminalização primária. Por exemplo: **(i)** quanto ao crime de tráfico, a pena mínima, em 1985, era de 3 anos (art. 16, l. 6.368/76), mas hoje a pena mínima é de 5 anos (art. 33, l. 11.343/2006); e **(ii)** quanto ao crime de estupro (art. 213, CP), a escala penal, em 1985, era de 3 a 8 anos, mas hoje está em 6 a 10 anos. Houve a criação de várias qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes genéricas. É bem verdade que realizou-se uma ampliação das possibilidades de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, pois, até 1998 (lei 9.714/98), tal substituição somente era possível se a pena aplicada era de até 1 ano, sendo, a partir daí, estendida a penas de até 4 anos; todavia, as diferenças práticas só se fizeram sentir quanto às penas entre 2 e 4 anos, pois, até dois anos, a pena privativa de liberdade tinha a execução condicionalmente suspensa (art. 77 CP), inclusive com a possibilidade de, no primeiro ano, condições (art. 78, § 1.º, CP) que, na prática, eram verdadeiras penas (compare-se com os arts. 46 e 48, CP). Houve, também, uma vedação à conversão de pena de multa não paga em pena privativa de liberdade (art. 51, CP, na redação da lei 9.268/96). Mas, no contexto geral, é indúvidoso que, já no plano da cominação abstrata, as penas foram, em geral, elevadas.

No que toca à aplicação das penas, deve-se dizer, desde já, que a própria cominação de penas maiores já determina, por evidente, que as penas aplicadas sejam de espécie mais grave e com duração maior. Por exemplo, quanto ao tráfico de drogas ilícitas, a pena do art. 12, da l.

6.368/76, possibilitava, a partir da lei 9.714/98, permitia a substituição por pena restritiva de direitos (como alguns tribunais passaram a decidir); este foi certamente um dos motivos para a elevação da pena mínima para 5 anos, realizada pela lei 11.343/2006.

É precisamente na dosimetria, no momento de aplicação da pena, inicia-se a infiltração da periculosidade no âmbito de que deveria ficar circunscrito à culpabilidade. A abertura dos critérios instituídos pelo art. 59, CP, que insere aspectos de direito penal de autor (cf. item 4.7.3.4, supra, p. 321) dá ensejo a que os juízes criminais praticamente imponham a pena que quiserem. **Heleno Fragoso**, no início da década de 1980, afirmava:

“diz-se que culpabilidade tem cumprido no direito penal a função de justificar o sentido retributivo da pena e a de limitar a pena; mas a aplicação da pena, dentro dos parâmetros legais, está dominada pela personalidade do acusado por seus antecedentes, que passam, então, ao primeiro plano” (2003, p. 550).

As referências à “conduta social” e “personalidade”, no art. 59, CP, merecem especial referência. É aqui que a real culpabilidade cede passo à periculosidade, por vezes reetiquetada como culpabilidade do autor. **Salo de Carvalho** anota que esses “são os conceitos que mais ampliam o punitivismo judicial, atuando como espaços abertos para valorações morais e impressões pessoais sobre o estilo de vida dos réus, ilações acerca de seus deveres e responsabilidades éticos, entre outros” (2010, p. 184). Inúmeros julgados fazem referência a expressões moralizantes e perigosistas, quanto tratam da personalidade e da conduta social; p.ex., essas expressões, encontradas em decisões do S.T.F.: “atitude veemente imoral” (HC 92.956-7), “personalidade perigosa” (HC 92.295), “inclinação à senda do crime” (HC 89.000), etc.

Na doutrina, **Alexandre Araripe Marinho** sustenta, a propósito da circunstância da conduta social, que

“cabe ao juiz, ao aplicar a pena, avaliar se o réu é bom ou mau pai, marido, vizinho, se trabalha, qual o seu conceito, enfim nas relações sociais em que está envolvido” e, vinculando a conduta social à personalidade, diz que “a boa ou má conduta social do condenado é quase sempre espelho de sua personalidade” (2009, p. 449).

Ao comentar a “corrente garantista” que defende que a punição pela má personalidade representa direito penal de autor, **Marinho** diz: “a assertiva ‘garantista’ está totalmente equivocada” (2009, p. 450). Para aqueles que sustentam que transtornos de personalidade não

deveriam representar aumento de pena, mas sim até diminuição (BOSCHI, 2011, p. 176)³⁵², **Marinho** responde:

“o sistema punitivo não se confunde com divã de psicólogo ou de psicanalista. De mais a mais, não há manifestação de má personalidade que um castigo severo e bem aplicado não possa coibir. O processo de cura ou de neutralização das manifestações de má personalidade começa pelo castigo que faz o indivíduo delinqüente conhecer as conseqüências de seus atos” (2009, p. 451).

Quanto à referência aos antecedentes, a indeterminação do conceito de “maus antecedentes” leva a que haja corrente não desprezível de que meros inquéritos policiais ou ações penais em andamento podem ser considerados, o que viola a presunção de inocência.

No que toca à **execução**, as penas privativas de liberdade também foram bastante endurecidas. A lei n.º 10.792/2003 abrandou abstratamente os critérios de progressão de regime prisional, ao abolir a obrigatoriedade de “parecer da Comissão Técnica de Classificação” e de “exame criminológico”, que seriam substituídos por “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento” (art. 112, LEP); a jurisprudência predominante, todavia, praticamente anulou esse abrandamento, possibilitando o exame criminológico.³⁵³

Na verdade, a mudança no art. 112 LEP mostrará, ainda mais, o autoritarismo da execução penal, como **Andrei Zenkner Schmidt**, argutamente, comentou:

“Não tenhamos a pretensão de imaginar que a mudança no art. 112 vá produzir alguma modificação no sistema de execução penal. Aliás, arrisco prever que a liberdade será ainda mais difícil durante a execução da pena, já que todo insipiente (com ‘s’ mesmo) tende ao autoritarismo. Na falta de argumentos (supostamente) científicos para aferir o (indemonstrável) juízo de periculosidade, os operadores do direito, doravante, serão obrigados a argumentar suas próprias ideologias. Eis o principal resultado, talvez, do novo art. 112: a incoerência terá de vir à tona; teremos o nudismo do discurso autoritário. Nesse sentido, quem sabe, a lei n. 10.792/03 terá seu mérito; tratará, de maneira honesta, a crueldade e a irracionalidade da execução penal” (2004, p. 3).

Denise Pastana mostra que, no Brasil: **i)** só 22,4% dos presos obtêm progressão de regime; **ii)** que 72% dos que conseguiram essa progressão já tinham cumprido mais de um

³⁵² Esta é a lição de **José Antonio Paganella Boschi**: “Como explicar que o menos (um transtorno de personalidade) possa ensejar agravamento da pena-base, se o mais grave (a perturbação da saúde mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, dando causa à semi-imputabilidade), obriga o juiz, na terceira fase, a realizar uma especial redução da pena provisória (art. 26, parágrafo único, CP)? [...] É complexa a questão. Muito complexa. Por isso, seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado” (2011, p. 176)

³⁵³ O STJ chegou a emitir a Súmula 439, readmitindo o exame criminológico: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Embora a Súmula não mencione a progressão de regime, os precedentes que a ensejaram (AgRg no Ag 691.619/RS, HC 94.577/SP, HC 103.352/RS, HC 105.337/RS, HC 114.882/SP, HC 122.850/RS) se referem, todos, à progressão de regime.

terço da pena (e não o sexto da lei); **iii**) e que só 8% dos presos obteve livramento condicional (2007, p. 326). Estes dados mostram que a progressividade instituída pela LEP é, na prática, a exceção e que os “parâmetros subjetivos” (o terreno fértil do autoritarismo desnudo ou “supostamente” científico) sobrepõem, em importância, os “parâmetros objetivos”.

Importante endurecimento do sistema de execução das penas privativas de liberdade foi realizado pela instituição, pela lei 10.92/2003, do famigerado Regime Disciplinar Diferenciado, disciplinado no art. 52, da LEP.³⁵⁴ A inconstitucionalidade do RDD é flagrante, pois se trata, claramente, de uma pena cruel (que o art. 5.º, XLVIII, e, CF veda), além de atentar contra a dignidade humana (art. 1.º, III, CF), os direitos humanos (art. 4.º, II, CF) e a obrigação de respeito à integridade moral e física do preso (art. 5.º, XLIX, CF) (PAVARINI & GIAMBERARDINO, Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica, 2011, pp. 344-5).³⁵⁵ O mais alto grau de autoritarismo se mostra nos §§ 1.º e 2.º do art. 52, LEP, que sequer exige a prática de algum ato para a inclusão no RDD; as referências à “ordem” e à “segurança” (no art. 52, § 1.º, LEP) são as palavras-chave que traem o autoritarismo das disposições. Mesmo **Renato Marcão**, que não o reputa inconstitucional, reconhece que o art. 52, § 2.º, LEP, que não exige a prática de qualquer ato por parte do preso, “deverá ser fonte de abusos constantes” (2009, p. 42).³⁵⁶

Independentemente do regime disciplinar diferenciado, a realidade da execução das penas, no Brasil, sempre foi e ainda é altamente autoritária, pelo simples fato de que os direitos legalmente garantidos aos presidiários constituem mera declaração vazia. Diuturnamente, são violados os direitos do preso que estão fixados no art. 41, da Lei Execuções Penais; tais violações constituem, por si sós, demonstrações inequívocas da

³⁵⁴ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1.º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2.º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Art. 53. Constituem sanções disciplinares: (...) V- inclusão no regime disciplinar diferenciado. (...) Art. 54. (...) § 1.º A autorização para inclusão em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. § 2.º. A decisão sobre a inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias”. Como diz **Felipe Brito**, “trata-se de uma prisão dentro da prisão, muro-intramuros, grade nas grades” (2010, p. 40).

³⁵⁵ No mesmo sentido, há parecer de 10.08.2004, do **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**.

³⁵⁶ Como já mencionei no item 3.7.3.7, o RDD tinha um primo não tão distante no projeto de CP nazista de 1936: se o crime mostrasse especial animosidade contra o povo, brutalidade, malícia ou depravação do agente, o juiz podia mandar que o condenado a Zuchthaus ou a Gefängnis ficasse a pão e água, em cama dura e cela com mínima iluminação, durante todo o tempo ou parte da pena (§ 28).

estrutura intrinsecamente autoritária das prisões nacionais, pelo contexto mais raso (o do abuso no exercício do poder de punir).³⁵⁷

Os dados consolidados do Ministério da Justiça mostram que a superpopulação carcerária é uma realidade inegável: relatório disponível no site do ministério, mostra que, no fim de 2009, havia cerca de 294 mil vagas, mas 417 mil estavam ali confinados. E o Poder Judiciário lava as mãos: recente artigo de **Elio Gaspari** relata caso de juíza da 1.^a Vara Federal de Colatina/ES que negou pedido do M.P.F. “para que o governo do Espírito Santo se abstivesse de mandar presos para a penitenciária de Barra de São Francisco, onde 364 pessoas ocupam um espaço projetado para guardar 106, cabendo a cada uma delas uma área de 1,09 metro quadrado”. O artigo narra que uma perícia da Polícia Federal verificou que o presídio “não possuía, em suas unidades celulares, condições mínimas de salubridade para a existência humana”. S. Exa., a juíza, negou o pedido do M.P.F., dizendo que “não compete ao Judiciário ‘imiscuir-se na análise dos elementos de oportunidade e conveniência’ que são prerrogativas do Executivo” (2011, p. A11).

Embora, no discurso, o paradigma da ressocialização ainda seja invocado, as alterações legais e jurisprudenciais mostram que os critérios discursivos preponderantes para a execução penal são a “segurança cidadã” e a “neutralização” do condenado. **Anitua** diz que essas demandas de segurança levam a que “a essencialidade do cárcere do século XXI seja a exclusão”. O cárcere não tem que fazer mais nada, não tem que transformar ninguém; basta conter. O discurso reeducativo, se se mantiver, será cada vez mais uma utopia retórica, sempre cedendo, na prática, a demandas de ordem e segurança. A inabilitação começa a ser tomada seriamente como o fim principal da moderna pena de prisão(2008, p. 819).

Todas essas circunstâncias relativas à regulações da penas, principalmente nos âmbitos da aplicação e da execução, mostram que, diferentemente do que se alega, a periculosidade tem, sim, relevância na medida da pena. **Silva Sánchez** diz que, na Espanha, é “politicamente incorreto” falar em “sujeito perigoso” (2009, p. 39); talvez esse pensamento acometa os penalistas que insistem em dizer que é apenas a culpabilidade que influencia na pena.

Nas **medidas de segurança**, as manifestações de autoritarismo punitivo são evidentes. Já no plano legislativo, sem ainda adentrar as dramáticas questões da execução prática, o autoritarismo se expressa de forma flagrante na disciplina abstrata dessas medidas.

³⁵⁷ Essa situação calamitosa não é exclusividade brasileira: **Silva Sanchez** informa que, na Espanha, 20% dos reclusos estão infectados com HIV e 41% com hepatite B SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2009). *Tiempos de Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

É intrinsecamente autoritária a obrigatoriedade de “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico” pela mera circunstância de que é cominada pena de reclusão ao fato penalmente ilícito praticado pelo inimputável; o “tratamento ambulatorial” só é permitido se a pena for de detenção (cf. arts. 96, I e II, e 97, CP).³⁵⁸ **Nucci** concorda em que “esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas” (2011, p. 579). Igualmente autoritária é a determinação legal de que a medida de segurança tem obrigatoriamente uma duração mínima (entre um e três anos), fixada pelo juiz, sendo que somente ao seu término é que se pode avaliar a possibilidade de liberação (art. 97, §§ 1.º e 2.º, CP).

Em ambos os exemplos do parágrafo anterior, a influência da “culpabilidade” se faz presente: a gravidade do crime impõe “tratamento” de certa dureza mínima. Ora, se a medida de segurança deve servir para tratar, e não para punir (ao menos de acordo com o discurso que a quer fundamentar), como é possível que a lei imponha, de antemão, o tratamento médico adequado e sua duração mínima? É evidente que o tratamento médico não pode ser determinado pela modalidade de pena de prisão cominada ao fato ilícito cometido pelo inimputável, mas sim (e apenas) pelo grau da doença mental (ou da incompletude ou retardo mental); o fato de um inimputável ter cometido um furto (punido com reclusão) ou um dano (punido com detenção) não pode ser, de modo algum, o critério para determinar o tratamento que lhe será imposto. Nem o legislador nem o juiz possuem a formação necessária para avaliar qualo tratamento adequado nem qual sua duração mínima.

A lei não estabelece, de outro lado, o tempo máximo de internação da medida de segurança. A rigor, a internação poderia ser perpétua. O STF, todavia, tem abrandado essa regra, determinando que se obedeça ao prazo máximo relativo às penas (cf. HC 84.219, rel. Min. **Marco Aurélio**). A execução altamente autoritária das medidas de segurança, que leva a uma realidade ainda mais terrível do que a das penas, e também a clara violação de garantias penais e processuais de inimputáveis, leva a que **Virgílio de Mattos** surgira medidas drásticas: a abolição das medidas de segurança, sendo os inimputáveis tratados como se imputáveis fossem (2006, p. 181ss).

Mas o fato é que, mundialmente, observa-se justamente a tendência contrária: um recrudescimento no uso de medidas de segurança, que se deve evidentemente às

³⁵⁸ Em julgado importante, o STJ (Rec Esp. n.º 324.091/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, DJ 09.02.2004), abrandou esse autoritarismo legal.

contemporâneas preocupações perigosistas. É uma tendência extremamente preocupante, principalmente quando se vê que precisamente as medidas de segurança mais profusamente aplicada pelos nazistas (cf. item 3.7.3.7, supra), a Sicherungsverwahrung (a custódia preventiva) e a Entmannung (castração) vêm sendo (re-)introduzidas e aplicadas em vários países do mundo.

A própria Sicherungsverwahrung, após décadas de esquecimento, foi “redescoberta” na Alemanha. **Klaus Laubenthal** fala em um renascimento da Sicherungsverwahrung, decorrente dos medos latentes da população frente ao delito, que, por sua vez, tem sua origem na onda de insegurança experimentada a partir dos anos 1990, no questionamento da efetividade do modelo ressocializador e nas abordagens jornalísticas que dramatizam a criminalidade nos meios de comunicação; o Bundesverfassungsgericht, chamado a ser manifestar, reputou a Sicherungsverwahrung plenamente compatível com a Constituição (2004, pp. 703-4). **Silva Sanchez** diz que, na Alemanha, a Sicherungsverwahrung passou de um elemento residual para um instrumento político-criminal de primeira linha na abordagem da periculosidade (2009, p. 39).

Na França, introduziu-se, com a lei de 25.02.2008, a “retention de sûreté”, que permite manter o condenado detido, depois da execução de sua pena, pela duração de um ano, indefinidamente renovável, sob o único critério de sua periculosidade. Como diz **Mireille Delmas-Marty**, há aqui uma ruptura na “relação entre culpabilidade, responsabilidade e sanção, ao risco de uma desumanização do direito penal e, mais amplamente, de uma radicalização do controle social”, dizendo ainda que **Montesquieu**, que dizia que a liberdade do cidadão depende da bondade das leis penais, deve estar a se virar na tumba (2010, p. 7).

No Brasil, onde, há 30 anos se aboliu, após experiências fracassadas³⁵⁹, o sistema duplo binário, alguns autores advogam seu retorno: **Guilherme Nucci**, p.ex., pretende reavivar uma espécie de binário, sempre sob o argumento da segurança da sociedade:

“temos hoje uma preocupação semelhante para delinquentes efetivamente perigosos, sujeitos a elevadíssimos montantes de penas, que podem atingir a cifra de 100, 200, 300 e até mais anos de prisão. Será ele ressocializado necessária e automaticamente ao atingir 30 anos de cumprimento da pena, devendo ser imediatamente liberado, conforme prevê o art. 75 do Código Penal? Parece-nos que a realidade irá nos demonstrar no futuro o contrário, ou seja, quando esses sentenciados começarem a ser libertados e tornarem a delinquir, precisaremos repensar o sistema penal, possivelmente ressuscitando forma semelhante ao duplo binário. Não sendo o caso, outra medida efetiva deverá ser tomada, como já sugerimos no contexto da análise do art. 75, isto é, um livramento condicional apenas, ao final dos trinta anos, desde

³⁵⁹ Essas experiências fracassadas da medida de segurança, no Brasil e no exterior, já eram denunciadas por **Helene Fragoso** no início da década de 1980 (2003, p. 549)

que não cessa a periculosidade. O que não se pode tolerar é a incapacidade do Direito Penal de lidar com a delinquência irrecuperável” (2011, p. 577).

A castração, não mais física (ou seja, não mais pela ablação das gônadas sexuais), mas química (i.e., pela ministração de substâncias químicas), tem sido introduzida e aplicada em vários países do mundo, entre eles Argentina, Colômbia, México, Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Coreia.³⁶⁰ Na França, é notório que **Nicholas Sarkozy** é defensor ardoroso da castração química (SILVA SÁNCHEZ J. M., 2009, p. 39).

No Brasil, já foram apresentados vários projetos de lei³⁶¹, visando à implantação de castração química de acusados de crimes sexuais contra crianças. No último exemplar da Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro (o de n.º 38), **André Freitas**, doutorando em Direito Penal em Lisboa, sustenta a admissão da castração química, que ele eufemisticamente denomina “redução química da libido”. **Freitas** se bate contra a denominação “castração”, pois, diz ele, dá ensejo à falsa impressão de que se advoga “algum tipo [de] amputação” (2010, p. 3). Essa mudança de denominação faz parte, claramente, da estratégia de convencimento do leitor, a partir da suavização do termo: doura-se a pílula.

Freitas entende que a “redução química” não violaria a dignidade humana (sob o mero argumento de que a medida não seria irreversível), e que não se pode “dar a este mandamento [o da dignidade humana] uma elasticidade desmedida que, ao revés de consagrá-lo, o enfraquece” (2010, p. 6). Diz ele, ainda, que não se trata de pena cruel, dizendo que, se a pena de prisão não é pena cruel, essa sua “redução química da libido” (rectius: castração química), também não o seria (2010, p. 7); o fato de se tratar de uma pena corporal também não o

³⁶⁰ Na Coreia do Sul, a medida foi introduzida por lei que entrou em vigor em 24.07.2011.

³⁶¹ O **PLS 552/2007**, do senador **Gerson Camata**, de 18.09.07, previa a inserção de um art. 226-A no Código Penal, com a seguinte redação: “Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química”. O senador invocava, sem explicitar, outros países, nos quais a castração estaria sendo proposta. Na CCJ, o parecer, da lavra do sen. **Marcello Crivella**, e dado em 20.04.09, foi favorável à castração química, dizendo que não se trata de pena cruel, que “não vislumbramos uma alternativa penal igualmente eficaz à terapia química”, e que essa medida “pode ser tida como constitucional”; por fim, o parecer propõe uma nova versão, com muitas alterações e detalhamentos; para maiores informações, cf. <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/56869.pdf>, acesso em 22.08.11. Na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o parecer também foi favorável. Em 02.02.11, o processo legislativo foi arquivado, não constando, no site do Senado, informações precisas sobre a fundamentação do arquivamento. Tramita, todavia, hoje no Senado, o PLS 282/2011, proposto pelo sen. **Ivo Cassol**, “Art. 98. [...] § 1º Em caso de condenação pelos crimes previstos nos arts. 217-A, 218 ou 218-A deste Código, o juiz, com base em avaliação médica que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, procederá da seguinte forma: I – determinará a substituição da pena por tratamento ambulatorial químico-hormonal ao condenado não reincidente que optar, voluntariamente, por se submeter a ele; II – determinará a substituição da pena por tratamento ambulatorial químico-hormonal obrigatório ao condenado reincidente específico em crimes da mesma natureza. § 2º Na hipótese dos incisos I e II do § 1º deste artigo, o juiz revogará a medida de segurança e aplicará a pena privativa de liberdade fixada na sentença se o condenado descumprir as condições impostas, sem prejuízo do tratamento. § 3º O condenado que voluntariamente se submeter à intervenção cirúrgica de efeitos permanentes não se sujeitará ao tratamento ambulatorial de que trata o § 1º deste artigo, podendo o juiz extinguir a punibilidade” (cf. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=91066&tp=1>, acesso em 22.08.11)

convence (2010, p. 8). **Freitas** diz que redução química não será imposta a determinada pessoa por questões outras (religião, origem, raça, doença, etc.), por isso “soarão como completamente desarrazoadas eventuais comparações com medidas empreendidas por Estados totalitários” (2010, p. 9).³⁶²

André Freitas ainda diz que a introdução da pena de castração química — não adotemos meias palavras — cumpriria a função de neutralização (2010, p. 12) e de prevenção (2010, p. 16), seria até um imperativo da Constituição Federal (2010, pp. 10-12), pois crimes sexuais contra crianças e adolescentes devem ser punidos com penas muito mais duras (o que não ocorreria hoje!), e seria proporcional, supostamente trazendo mais benefícios do que malefícios (2010, pp. 16-17). Alega ele, ainda, que o mero aumento do tempo de encarceramento não seria suficiente, ante as possibilidades de contato com a liberdade (regime semi-aberto, regime aberto, e livramento condicional), e a inexistência de medidas para conter a libido (2010, p. 16). **Freitas** sustenta que a castração química seria imposta “a) como sanção penal ou condição para a progressão de regime, a ser executada de forma prévia à inserção do apenado nos regimes semi-aberto ou aberto; b) como condição para a obtenção e manutenção do benefício do livramento condicional”, enquanto durasse a pena (2010, p. 18).

O autoritarismo dessa proposição de **André Freitas** é, a meu ver, flagrante, por vários motivos. Primeiro, mostra ignorância quanto à seletividade do funcionamento do sistema penal, ao afirmar que essa pena não seria imposta desigualmente, em função de raça, origem etc. Em segundo lugar, trata-se de pena claramente inconstitucional, por ser cruel e violadora da dignidade humana. São omitidos, ainda, no discurso do articulista, que “este procedimento pode gerar efeitos colaterais como o desenvolvimento de diabetes, fadiga crônica, alterações na coagulação sanguínea e ocorrência de depressão”, como **IBCCrim** destacou.³⁶³ Como informa o site do IBCCrim, o psiquiatra forense **Roberto Moscatello** afirma que a alternativa mais apropriada para o problema seria o tratamento ambulatorial ou a internação, por seu um procedimento mais humano, terapêutico, eficaz e de prevenção social.

³⁶² É interessante ver que este é o único momento, no artigo inteiro, em que **Freitas** menciona que “Estados totalitários”, cuja nomenclatura específica ele, em seu discurso pretensamente asséptico, evita. Em nenhum momento, ele menciona tratar-se de uma das mais características medidas de segurança do regime de **Hitler** (como vimos no item 3.7.3.7, supra) nem, muito menos, avalia a operacionalidade prática sob os nazistas.

³⁶³ http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/_imprime.php?not_id=13853. Acesso em 07.08.11.

5

CONCLUSÃO

A análise dos diversos conceitos de direito (p. 15) e de poder (p. 21) permitiu a percepção de que os fenômenos jurídicos e os fenômenos políticos detêm inúmeras, essenciais e inextrincáveis interrelações. Todo e qualquer fenômeno juridicamente relevante, ainda que não provenha de agente estatal e tenha origem em condutas de particulares, encerra, em si, um conteúdo de poder (p. 36). Essas interrelações se fazem ainda mais intensas quando se trata do sistema penal ou de quaisquer manifestações jurídicas a ele relacionadas, tais como o poder punitivo, a legislação penal e o discurso jurídico-penal (p. 40).

O percurso histórico do conceito de autoridade (p. 44) permite verificar que, durante muito tempo, as fontes de legitimação da autoridade (natureza, tradição, elementos místicos, religião etc.) não propiciavam a delimitação do poder que, em nome da autoridade, podia ser “legitimamente” exercido por seu detentor. Apenas a partir do momento em que a razão e o consenso obtido por meios irrestritos de comunicação foram colocados na base de legitimação da autoridade é que se tornou possível a delimitação do poder de autoridade e, conseqüentemente, o início da compreensão do complexo fenômeno do autoritarismo.

O estudo, a partir da Ciência Política e da Psicologia Social, dos contextos em que é empregado o conceito de autoritarismo permitiu compreender, ainda melhor, quais as características e de que modo surgem e se manifestam as idéias e condutas autoritárias. Não é possível examinar, em sua inteireza, o fenômeno do autoritarismo sem que se tenham presentes os contextos do autoritarismo como abuso na constituição ou no exercício do poder de autoridade (p. 65), como regime político (p. 67), como ideologia política (p. 82) e como fenômeno psicológico-social (p. 87).

O autoritarismo, no contexto de abuso na constituição ou exercício do poder de autoridade, se caracteriza pelo fato de que a autoridade é ilegítima ou ilegalmente constituída ou exercida. Como regime político, o autoritarismo se caracteriza por se opor à existência ou ao pleno funcionamento das instituições democráticas (Parlamento, imprensa, oposições políticas) e dos direitos e garantias individuais. Como ideologia política, o autoritarismo se caracteriza por defender concepções anti-igualitaristas e anti-individualistas da sociedade, colocando a ordem e a segurança como princípios cardeais. Por fim, como fenômeno

psicológico, o autoritarismo se caracteriza por **(i)** concepções maniqueístas e arraigadas do mundo;**(ii)** criação, a partir de um valor de identidade, de grupos dentro e fora;**(iii)** maior necessidade de ordem e de segurança; **(iv)** prontidão de submissão e obediência à autoridade, conformidade e apego à tradição e a normas convencionais;**(v)** privilégio à autoridade, em detrimento do indivíduo; **(vi)** propensão à intolerância e até à hostilidade; **(vii)** tendência à seletividade; e **(viii)** tendência a raciocinar por preconceitos e por estereótipos. A consideração desses quatro contextos (que se comunicam e se retroalimentam) mostra claramente que mesmo em um sistema formalmente democrático há manifestações constantes de autoritarismo. A compreensão do fenômeno do autoritarismo exige que sejam considerados todos esses quatro contextos.

Na medida em que a existência de um sistema penal subterrâneo, em que a atuação seletiva conforme a estereótipos são características essenciais a qualquer sistema penal, e em que o direito penal (como saber jurídico) não é instrumento capaz de extirpar inteiramente o Estado de Polícia que pulsa no interior de todo e qualquer histórico Estado de Direito, conclui-se que o autoritarismo (manifestados por uma ou mais de suas vertentes) é característica estrutural de qualquer sistema penal, variando, apenas, o grau de autoritarismo.

No sistema penal alemão nazista, se expressaram, com força inaudita, as pulsões autoritárias que já existiam, em manifestações minoritárias ou em caráter latente, nos períodos anteriores da história da Alemanha. Durante o nazismo, são facilmente identificáveis manifestações majoritárias de autoritarismo em todos os seus quatro contextos.

A criação de um inacreditável sistema penal subterrâneo (com as execuções sumárias, os mandados de Schutzhaft, as torturas e os campos de concentração), a seletividade do sistema penal contra aqueles que não faziam parte da Volksgemeinschaft, a notável produção de leis penais draconianas e a criação de inéditas redes de controle, e a rígida regulação da Untersuchungshaft mostram algumas das consequências do autoritarismo nazista para as criminalizações primária e secundária e para o poder positivo configurador na Alemanha daquela época.

Quanto ao direito penal, os nazistas lograram recolher tendências expansivas, materializantes, subjetivantes, eticizantes e funcionalizantes que já existiam na República de Weimar, e radicalizaram-nas em favor de seus projetos de poder. O abandono do princípio da legalidade e da proteção exclusiva de bens jurídicos, a adoção de várias disposições que mostram um direito penal da vontade (Willensstrafrecht), da periclitación (Gefährdungstrafrecht), e de autor (Täterstrafrecht), a perversão dos conceitos de

antijuridicidade e de culpabilidade, a extensão desmedida aos crimes omissivos, a introdução de penas mais duras e de medidas de segurança, de novas funções para a pena e de regras de execução de pena que violam direitos individuais e privilegiam a ordem e a proteção da sociedade mostram em que medida o autoritarismo nazista influenciou no saber jurídico-penal e, conseqüentemente, nas práticas punitivas. O modo pelo qual estavam conformadas essas teorias — em termos que dirigiam o poder punitivo ou que, por sua ambigüidade, permitiam passar o poder punitivo — davam curso ao autoritarismo punitivo.

No sistema penal neoliberal contemporâneo, o autoritarismo se mostra principalmente em seu aspecto psicológico-social, a partir dos arraigados e irracionais sentimentos de desamparo, insegurança e medo que a atual estruturação sócio-econômica e excludente causam. Acoplam-se a ele latentes autoritarismos ideológicos, como, p.ex., o preconceito de cor que, conquanto escamoteado, atua em nossa sociedade.

No Brasil, o tristemente pujante sistema penal subterrâneo (caracterizado por execuções sumárias e pela prática de corrupção passiva, concussão e extorsão), a seletividade étnica e sócio-econômica de nosso sistema penal, a extraordinária expansão de nossa legislação penal e da cultura do controle, e a abertura e subjetividade das possibilidades de prisão preventiva mostram de que modo os autoritarismos existentes em nossa sociedade se manifestam nas criminalizações primária e secundária e no poder positivo configurador.

Quanto ao direito penal, o Brasil se inscreve em uma tendência mundial, que toma o mundo na mesma medida que o imperialista capitalismo neoliberal, de endeusamento da “segurança” como uma mercadoria e como um (supra-)direito fundamental, levando à erosão dos direitos e garantias individuais. A legislação penal, tratada como ética substitutiva, goza hoje de um prestígio enorme junto aos detentores do poder e à mal informada “opinião pública”, que pretendem fazer crer (embora, no fundo, saibam ser falso) que ela constitui solução para os males sociais.

Nesse diapasão, o princípio da legalidade, principalmente nas exigências de certeza e de proibição de analogia, tem sofrido ataques terríveis. O conceito de bem jurídico tem sofrido notável liquefação, perdendo totalmente capacidade limitativa de expansão de punição, transformando-se, ao contrário, em motor dessa expansão. São notáveis, na regulação (e, principalmente, na interpretação) dos tipos e das sanções penais, tendências à adoção de diversos aspectos de direito penal da vontade, de periclitção e de autor. Nota-se, claramente, uma tendência à expansão dos crimes omissivos, seja pela edição de leis penais, seja pela subreptícia prevalência da idéia de antijuridicidade material sobre a de

antijuridicidade formal. A culpabilidade de autor tem sido, cada vez mais, admitida na doutrina e na jurisprudência, deixando a porta escancarada para apenações calcadas em estereótipos, e não nos injustos praticados. As tendências nacionais e mundiais ao endurecimento das penas e de sua execução (principalmente daquelas que normalmente se abatem sobre as camadas mais desfavorecidas da população) e à (re-)introdução de medidas de segurança rígidas estratos mostram que, na hora da verdade, o sistema penal tende a ficar incrivelmente mais duro.

Os sistemas penais alemão nazista e brasileiro contemporâneo, embora, quanto ao último, as práticas punitivas autoritárias sejam escondidas por um discurso que se pretende asséptico e neutro, apresentam notáveis similitudes, precisamente na estruturalidade de seu autoritarismo. O exame das profundas alterações que o direito penal alemão nazista sofreu em relação ao direito penal alemão de Weimar e que o direito penal neoliberal contemporâneo sofreu em relação ao direito penal do estado de bem estar percebe-se claramente a permeabilidade desse ramo do saber a pulsões autoritárias. Hoje, as teorias jurídico-penais (salvo a teoria do direito penal do inimigo) não mais advogam abertamente a aniquilação dos inimigos, mas são formuladas de modo tão aberto e ambíguo que permitem que, na prática, tenhamos um direito penal do inimigo (no sentido de poder punitivo do inimigo), levando, assim, a um resultado semelhante e com perigo ainda maior para os vulneráveis ao sistema penal (eis que o discurso é insincero e mascarado).

A normalidade de vermos pobres (normalmente, negros e pardos) morarem em favelas ou morros, verdadeiros guetos, se assemelha a normalidade com que a sociedade ariana julgou justo colocar os judeus em guetos e em campos de concentração. O sistema penal contemporâneo (brasileiro e mundial) segue a mesma lógica bélica do sistema penal nazista alemão. Aqueles que não se mostram dóceis à lógica excludente do sistema sócio-econômico contemporâneo tem toda a chance de ter, embora com uma sofisticação discursiva, os mesmos destinos dos não-arianos na sociedade alemã nazista.

É preciso verificar que o autoritarismo não se circunscreve a regimes políticos autoritários; nas outras três acepções, o autoritarismo sempre está presente — em maior ou menor medida — no seio de qualquer sociedade, mesmo aquela que possui um regime democrático. Quase tão ruins quanto regimes abertamente autoritários são regimes democráticos de mera fachada (e que, na verdade, são, em essência, regimes materialmente autoritários), nos quais as práticas e os discursos políticos violam e negam as instituições e os princípios constitucionalmente protegidos. É preciso estar alerta para as sofisticações dos

discursos autoritários que, hoje, são plasmados de modo a escamotear suas pretensões manifestas, mas são aptos a chegar ao mesmo resultado atingido pelos discursos confessadamente autoritários.

O maior perigo para o exercício de um poder punitivo autoritário está, hoje, na coisificação dos seres humanos, que, por um discurso sedutor, são relegados a subcidadãos e, mantidos excluídos ou à distância. Essa coisificação, contra a qual devemos lutar, é o pressuposto básico para que o autoritarismo campeie, pois é muito fácil infligir dor a alguém a quem não consideramos igual ou que, ao menos, não vemos nem ouvimos.

O grande problema da criminalidade, nas sociedades atuais, não é tanto o da quantidade de crimes, mas sim o palpável risco de que sua repressão leve as sociedades a níveis intoleráveis de autoritarismo. Não há receita mágica para extirparmos o autoritarismo subjacente à nossa sociedade e a seu sistema penal. É hora de assumirmos as responsabilidades de enfrentar as causas efetivas dos fatores que causam as inseguranças e o medo, em vez de abdicar dessas responsabilidades, deferindo-os a outrem — somente assim é que se poderá conter a maré montante de autoritarismo psicológico-social. A abertura à complexidade do mundo — ao pluralismo das culturas, dos universos simbólicos e das tradições normativas — é hoje a única alternativa contra a maré montante de autoritarismo, com a sua carga de violência, de sofrimentos, de medo, e de ódio.

O fim deste estado perene de insegurança, gerador do medo que incita o autoritarismo psicológico-social e dispara “soluções” penais não está, evidentemente, ao alcance do direito penal. O direito penal não ataca o âmago da questão, não ataca a violência estrutural excludente que está ínsita a essa nova ordem mundial capitalista neoliberal globalizada. Não há possibilidade de soluções locais para problemas globalmente originados ou fortalecidos globais.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. (2007). Autoridade. In N. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia* (A. B. Benedetti, Trans., pp. 113-115). São Paulo: Martins Fontes.
- ABRAMOVAY, Pedro. V. (2010). O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: P. V. ABRAMOVAY, & V. M. BATISTA, *Depois do grande encarceramento* (pp. 9-28). Rio de Janeiro: Revan.
- ADORNO, Sergio. (1996). Violencia e racismo: discriminação no acesso à justiça penal. In L. M. SCHWARCZ, & R. d. QUEIROZ, *Raça e Diversidade* (pp. 255-275). São Paulo: EdUSP.
- ADORNO, Theodor W., FRENKEL-BRUNSWIK, Else, LEVINSON, D. J., & SANFORD, R. N. (1969). *The authoritarian personality*. Nova York: Norton & Company.
- AGAMBEN, Giorgio. (2004). *Estado de Exceção*. (I. D. Poleti, Trans.) São Paulo: Boitempo.
- _____ (2000). *Means without end. Notes on politics*. (V. B. Casarino, Trans.) Minneapolis: University of Minnesota Press.
- AGOSTINHO, Santo. (2009). *The City of God*. (M. Dods, Trans.) Peabody, Massachusetts: Hendrickson Publishers.
- ALSTON, Philip. (2010). *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (addendum): follow-up to country recommendations - Brazil*. United Nations.
- ALTEMEYER, Bob. (1996). *The Authoritarian Specter*. Cambridge: Harvard University.
- AMELUNG, Knut. (1980). Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92, 19-72.
- ANDRADE, Vera Regina. (2003). *Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ANITUA, Gabriel Ignacio. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.

_____. (2008). *Histórias dos pensamentos criminológicos*. (S. LAMARÃO, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

ANITUA, Gabriel Ignacio, & BERGALLI, Roberto. (2003). Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro: un relato a partir de una polémica del presente. *Nueva Doctrina Penal*, 269-302.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. (1982). *La realidad contra los mitos: reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo: Universidad del Zulia.

_____. (1989). Los muertos de la democracia. *Capítulo Criminológico*, 17, 59-70.

ARENDT, Hannah. (1986). Communicative Power. In: S. LUKES, *Power* (pp. 59-70). Nova York: NYU.

_____. (2006). *Origens do totalitarismo*. (R. RAPOSO, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras.

_____. (2009). Que é autoridade? In H. ARENDT, *Entre o passado e o futuro* (M. W. Barbosa, Trans., 6a. ed., pp. 127-187). São Paulo: Perspectiva.

ARISTÓTELES. (1995). Politics. In ARISTÓTELES, & J. BARNES (Ed.), *The complete works of Aristotle* (pp. 1986-2129). Princeton: Princeton University.

ARZT, Gunter. (1976). *Der Ruf nach Recht und Ordnung: Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*. Tübingen: J.C.B.Mohr.

ASUA, Luiz Jimenez de. (1947). El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista. In: L. J. ASUA, *El criminalista* (Vol. VII, pp. 63-186). Buenos Aires: La Ley.

_____. (1950). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Losada.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. (2007). *Curso de Direito Administrativo* (22a. ed.). São Paulo: Malheiros.

BARATTA, Alessandro. (1999). *Criminologia critica e Critica do direito penal* (2a. ed.). (J. CIRINO DOS SANTOS, Trans.) Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ICC.

_____. (1994). Funções instrumentais e funções simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 5, 5-24.

_____. (1966). *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milão: Giuffrè.

BARELLI, Ettore, & PENNACHIETTI, Sergio. (2001). *Dicionario das citações*. (K. JANNINI, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. (2003). *Direito Penal: Parte Geral* (3a. ed.). São Paulo: Saraiva.

BATISTA, Nilo. (2005). A privatização da cidadania. In N. BATISTA, *Novas tendências do direito penal* (pp. 95-101). Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2010). Introdução. In P. V. ABRAMOVAY, & V. M. BATISTA, *Depois do grande encarceramento* (pp. 7-8). Rio de Janeiro: Revan.

_____. (1999). *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* (4a. ed.). Rio de Janeiro: Revan.

_____. (1990). *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro : Revan.

BATISTA, Vera Malaguti. (2010a). Depois do grande encarceramento. In: P. V. ABRAMOVAY, & V. M. BATISTA, *Depois do grande encarceramento* (pp. 29-36). Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2000a). Memória e medo: autoritarismo e controle social no Brasil. *Revista Sem Terra*, 10, 80-84.

_____. (2000). O medo e o método. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, 9-10, 187-195.

_____. (2005a). Você tem medo de quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 53, 367-378.

BAUMAN, Zygmunt. (2008). *Medo Líquido*. (C. A. MEDEIROS, Trans.) Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BECK, Ulrich. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

BECKETT, Katherine, & WESTERN, Bruce. (2001). Governing social marginality: Welfare, incarceration and the transformatio of state policy. In D. GARLAND, *Mass incarceration: social causes and consequences* (pp. 35-50). Londres: Sage.

BERLIN, Isiah. (2006). Introduction. In J. DE MAISTRE, *Considerations on France* (pp. ix-xxxiv). Cambridge: Cambridge University.

BIBLIA DE JERUSALÉM. (2002). In G. GORGULHO, I. STORNILOLO, & A. F. ANDERSON (Eds.). São Paulo: Paulus.

BIERRENBACH, Sheila. (1996). *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey.

BINDING, Karl. (1885). *Handbuch des Strafrechts* (Vol. I). Leipzig: Duncker & Humblot.

BINETTI, Saffo T. (1999). Iluminismo. In N. BOBBIO, N. MATEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (12a. ed., pp. 605-611). Brasília: Universidade de Brasília.

BIRKMEYER, Karl v. (1909). "*Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen*". Leipzig: Wilhelm Engelmann.

BITENCOURT, Cesar R. (2003). *Tratado de Direito Penal* (8a. ed., Vol. 1). São Paulo: Saraiva.

_____. (2009). *Tratado de Direito Penal* (3a. ed., Vol. 5). São Paulo: Saraiva.

_____. (2010). *Tratado de Direito Penal* (6a. ed., Vol. 3). São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. (1999). Democracia. In: N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (J. FERREIRA, Trad., Vol. I, pp. 319-329). Brasília: Universidade de Brasília.

_____. (2008). *Direito e Poder*. (N. MOULIN, Trans.) São Paulo: UNESP.

_____. (2002). *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. (M. A. NOGUEIRA, Trad.) São Paulo: UNESP.

BOSCHI, José Antonio. (2011). *Das penas e seus critérios de aplicação* (5a. ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BOSSUET, Jacques-Benigne. (1999). *Politics drawn from the Very Words of Holy Scripture*. (P. RILEY, Trans.) Cambridge, Reino Unido: Cambridge University.

BOURDIEU, Pierre. (2010). *O poder simbólico* (14a. ed. ed.). (F. TOMAZ, Trans.) Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BRACHER, Karl. D. (1999). Nacional-socialismo. In N. BOBBIO, N. MATEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (C. VARRIALE, G. L. MÔNACO, J. FERREIRA, L. G. CACAIS, & R. DINI, Trans., 12a. ed., Vol. 2, pp. 806-812). Brasília: Universidade de Brasília.

BRAUM, Stefan. (2000). La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. In: *La insostenible situación del derecho penal* (pp. 3-24). Granada: Comares.

BRINKMANN, Werner. (1935). Grenzen analoger Anwendung von Strafgesetzen. *Deutsche Justiz*, 1587-1589.

BRITO, Felipe. M. (2010). *Acumulação (democrática) de escombros (Tese de doutorado)*. Rio de Janeiro: UFRJ.

BRUNO, Anibal. (1967). *Direito Penal. Parte Geral*. (Vol. I). Rio de Janeiro: Forense.

BURLEIGH, Michal, & WIPPERMANN, Wolfgang. (2000). *The racial state: Germany 1933-1945*. Cambridge: Cambridge.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1990). La seguridad ciudadana en Latinoamérica. *Revista del Colegio de abogados penalistas del Valle*, 21-22, 11-24.

CABRAL DE MONCADA, Luis. (2006). *Filosofia do Direito e do Estado* (2a. ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra.

CABRAL, Juliana. (2004). *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan.

CANO, Ignacio, & FRAGOSO, José Carlos. (2000). Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 30, 207-233.

CAPEZ, Fernando. (2003). *Curso de Direito Penal* (Vol. 2). São Paulo: Saraiva.

CARDOSO, Fernando Henrique. (1975). *Autoritarismo e democratização* (2a. ed.). Rio de Janeiro: Paz e Terra.

CARNEIRO, Sueli. (2011). *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro.

CARVALHO, Américo A. (2003). *Direito Penal - Parte Geral: questões fundamentais* (Vol. I). Porto: Publicações Universidade Católica.

CARVALHO, Salo de. (2010). *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CASTANHEIRA, Beatriz R., BARROS, Carmen Silvia, & PODVAL, Roberto. (2002, maio). Ninguém é cidadão. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 114, pp. 1-2.

CAVADINO, Michael, & DIGNAN, John. (2007). *The penal system: an introduction* (4a. ed.). Londres: Sage.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. (2005). *Autoritarismo afetivo: a Prússia como sentimento*. São Paulo: Escuta.

CHRISTIE, Nils. (2004). *A suitable amount of crime*. Londres: Routledge.

_____. (2002). Elementos da geografia penal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, 11, 93-100.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. (2006). *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. (2010). *Racismo estrutural e penas alternativas: os limites dos direitos humanos acrílicos*. Curitiba: Juruá.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. (2009). *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*. Cidade do México: FCE, UNAM, IJ.

COSTA, Jurandir Freire. (2003). *Violência e psicanálise* (3a. ed.). Rio de Janeiro: Graal.

COULANGES, Fustel d. (2002). *A Cidade Antiga*. (J. MELVILLE, Trans.) São Paulo: Martin Claret.

CREMER-SCHÄFER, Helga, & STEINERT, Heinz. (1998). *Straflust und Repression: zur Kritik der populistischen Kriminologie*. Münster: Westfälisches Dampfboot.

CRETTEZ, Xavier, & ROUYER, Muriel. (2010). Démocratie. In: D. ALCAUD, L. BOUVET, J.-G. CONTAMIN, X. CRETTEZ, S. MOREL, & M. ROUYER, *Dictionnaire de sciences politiques* (2a. ed., pp. 86-92). Paris: Sirey.

CUNHA, Rosa. M. (1979). *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese.

CURY URZÚA, Enrique. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Santiago do Chile: Ediciones Universidade Católica de Chile .

_____. (1975). Reflexiones sobre la analogía en el Derecho Penal del presente. *Ciência Penal*, 4, 27-40.

DAHL, Robert. (1986). Power as control of behavior. In: S. LUKES, *Power* (pp. 36-58). Nova York: NYU.

_____. (1957). The concept of power. *Behavioral Science*, 201-215.

DAHM, Georg. (1940). *Der Tätertyp im Strafrecht*. Leipzig: Thedor Weicher.

_____. (1935). *Gemeinschaft und Strafrecht*. Hamburgo: Hanseatische.

DAHM, Georg, & SCHAFFSTEIN, Friedrich. (1933). *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Hamburgo: Hanseatische.

DAHRENDORF, Ralf. (1971). *Sociedad y libertad*. Madri: Tecnos.

DAMS, Carsten, & STOLLE, Michael. (2009). *Die Gestapo: Herrschaft und Terror im Dritten Reich* (2a. ed.). Munique: Beck.

DARMON, Pierre. (1991). *Médicos e assassinos na Belle Époque*. (R. G. AGOSTINO, Trans.) Rio de Janeiro: Paz e Terra.

DEL VECCHIO, Giorgio. (1979). *Lições de Filosofia do Direito*. (A. J. BRANDÃO, Trans.) Coimbra: Armênio Amado.

DELMAS-MARTY, Mireille. (2010). *Libertés e sureté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil.

DIDEROT, Denis. (2001). *Political Writings*. (J. H. MASON, & R. WOKLER, Trads.) Cambridge: Cambridge University Press.

_____. (2006). *Verbetes políticos da Enciclopédia*. (M. d. SOUZA, Trans.) São Paulo: Discurso Editorial, UNESP.

DIMOULIS, Dmitri. (2006). *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. (2009 [1938]). *La politique criminelle des États autoritaires*. Paris: Dalloz.

DOTTI, René. A. (2004). *Curso de Direito Penal* (2a. ed.). Rio de Janeiro: Forense.

DOUZINAS, Costas. (2007). *Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. Londres: Routledge-Cavendish.

DUBY, Georges. (1999). *Ano 1000, Ano 2000: na pista dos nossos medos*. (E. M. SILVA, & M. R. BORGES-OSÓRIO, Trads.) São Paulo: UNESP, Imprensa Oficial do Estado.

EBEL, Friedrich, & THIELMANN, Georg. (2003). *Rechtsgeschichte* (3a. ed.). Heidelberg: C.F. Müller.

EISENHARDT, Ulrich. (2008). *Deutsche Rechtsgeschichte* (5a. ed.). Munique: Beck.

EXNER, Franz. (1957). *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. (J. DEL ROSAL, Trans.) Barcelona: Bosch.

FARIA, Antonio Carlos de. (2000, maio 15). Policia do Rio mata mais pretos e pardos, diz pesquisa. *Folha de São Paulo*, p. C4.

FAUSTO, Boris. (2001). *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)* (2a. ed.). São Paulo: EdUSP.

_____ (1999). *História do Brasil*. São Paulo: EdUSP.

_____ (2001a). *O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

FERNANDES, Florestan. (2007 [1972]). *O negro no mundo dos brancos* (2a. ed.). São Paulo: Global.

FERRI, Enrico. (1931). *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. (L. d. D'OLIVEIRA, Trad.) São Paulo: Academica, Saraiva.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. (2004). *Direito Penal: Parte Geral* (Vol. I). Coimbra: Coimbra.

FINGER, August. (1912). *Compendien des österreichischen Rechts: das Strafrecht* (3a. ed., Vol. I). Berlim: Carl Heymanns.

FORNERO, Giovanni. (2007). Autoridade. In N. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia* (p. 115). São Paulo: Martins Fontes.

FORTI, Simona. (2008). *El totalitarismo: trayectoria de una idea limite*. Barcelona: Herder.

FOUCAULT, Michel. (2003). *Microfísica do poder* (18a. ed.). (R. MACHADO, Trans.) Rio de Janeiro: Graal.

FRAGOSO, Christiano. (2009). *Repressão penal da greve: uma experiência antidemocrática*. São Paulo : IBCCrim.

FRAGOSO, Heleno C. (1964). Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 7, 29-46.

_____. (2003). Ciência e experiência do direito penal. In H. C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal: Parte Geral* (pp. 544-553). Rio de Janeiro: Forense.

_____. (1982a). Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, 33, 41-47.

_____. (1982). *Jurisprudência Criminal* (4a. ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense.

_____. (1995). *Lições de Direito Penal: Parte Especial* (11a. ed., Vol. I). Rio de Janeiro: Forense.

FRANK, Hans. (1938). *Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*. Munique: Zentralverlag des NSDAP.

FREIRE, Laudelino. (1954). *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa* (2a. ed., Vol. I). Rio de Janeiro: José Olympio.

FREISLER, Roland. (1936). Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teil, Gestaltung seiner Tatbestände. In: F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht - Besonderer Teil* (2a. ed., pp. 13-77). Berlim: Franz Vahlen.

_____. (1933). Gedanken zur Strafrechtserneuerung. In: H. KERRL, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Denkschrift des Preussischen Justizministers* (pp. 6-9). Berlim: R. v. Decker.

_____. (1935). Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung. In: F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission* (pp. 11-48). Berlim: Franz Vahlen.

FREITAS, André G. (2010, out./dez.). Considerações sobre a introdução da medida de redução da libido no direito brasileiro. *Revista do Ministério*, 38, pp. 3-19.

FRICK, Wilhelm (01 de janeiro de 1934). Die Rassefrage in der deutschen Gesetzgebung. *Deutsche Juristen-Zeitung*, pp. 1-6.

FRIEDRICH, Carl J., & BRZEZINSKI, Zbigniew. K. (1956). *Totalitarian dictatorship and autocracy*. New York: Frederick Praeger.

FROMM, Erich. (1994). *Escape from Freedom*. Nova York: Henry Holt and Co.

GADAMER, Hans-G. (2004 [1960]). *Truth and Method*. (J. WEINSHEIMER, & D. G. MARSHALL, Trans.) Londres: Continuum.

GALBRAITH, John K. (2004). *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. (P. A. BARBOSA, Trans.) São Paulo: Companhia das Letras.

_____. (1983). *The Anatomy of Power*. Boston: Houghton Mifflin.

GALEAZZI, Giancarlo. (2007). Democracia. In: N. ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia* (A. BOSI, Trad., pp. 277-279). São Paulo: Martins Fontes.

GALLAS, Wilhelm. (1936). Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung. In: G. DAHM, *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. festschrift zum 60. Geburtstag von Graf Gleispach* (pp. 50-69). Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (1987). *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Hammurabi.

GARDNER, Dan. (2009). *Risk: why we fear the things we shouldn't and put ourselves in greater danger*. Toronto: Emblem.

GARLAND, David. (2008). *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. (A. NASCIMENTO, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2008). *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. (A. NASCIMENTO, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2001). Introduction. In D. GARLAND, *Mass Imprisonment: social causes and consequences* (pp. 1-3). London: Sage.

GASPARI, Elio. (2011, setembro 07). A defesa da Bolsa da Viúva. *Folha de São Paulo*, p. A11.

GELLATELY, Robert. (2011). *Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista*. (V. PAOLOZZI, Trans.) Rio de Janeiro: Record.

GIDDENS, Anthony. (2005). *Sociologia* (4a. ed.). (S. R. Netz, Trans.) Porto Alegre: Artmed.

GLASSNER, Barry. (1999). *The culture of fear*. Nova York: Basic Books.

GMÜR, Rudolf, & ROTH, Andreas. (2008). *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*. Munique: Carl Heymanns.

GOMES, Luiz F., & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. (2007). *Direito Penal: parte geral* (Vol. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz F., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio., & BIANCHINI, Alice. (2007). *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais* (Vol. I). São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz F., MARQUES, Ivan L., BIANCHINI, Alice, CUNHA, Rogerio S., & MACIEL, S. (2011). *Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GONZAGA, Tomas A. (2004). *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes.

GONZÁLES CUSSAC, Juan L. (2007). El renacimiento del pensamiento autoritario en el estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. In: A. GAMBERINI, & R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico* (pp. 199-231). Bolonha: Monduzzi.

GRECO, Rogério. (2008). *Curso de Direito Penal: Parte Geral* (10a. ed.). Niteroi, RJ: Impetus.

GRISPIGNI, Filippo, & MEZGER, Edmund. (2009). *La reforma penal nacional-socialista*. (E. R. Codino, Trans.) Buenos Aires: Ediar.

GRUNBERGER, Richard. (2005). *A social history of the Third Reich*. Londres: Phoenix.

GÜRTNER, Franz. (1936). Von der Entstehung des nationalsozialistischen Strafrechts: Ein Rückblick. In: F. GÜRTNER, & R. FREISLER, *Das neue Strafrecht: grundsätzliche Gedanken zum Geleit* (pp. 15-18). Berlin: R. v. Decker.

GÜRTNER, Franz., & FREISLER, Roland. (1936). *Das neue Strafrecht* (2a. ed. ed.). Berlin: R. v. Decker.

HABERMAS, Jürgen. (1986). Hannah Arendt's Communications Concept of Power. In: S. LUKES, *Power* (pp. 75-93). Nova York: NYU.

HAFFKE, Bernhard. (2010). Verstehen und Strafen. In F. HERZOG, & U. NEUMANN, *Festschrift für Winfried Hassemer* (pp. 355-372). Heidelberg: C.F.Müller.

HARTL, Benedikt. (2000). *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin: Weissensee.

HARVEY, David. (2005). *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press.

HASENBALG, Carlos. (2005). *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil* (2a. ed.). (P. BURGLIN, Trad.) Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ.

HASSEMER, Winfried. (2006). Sicherheit durch Strafrecht. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche rechtsprechung im Strafrecht*, 130-143.

HAURIOU, Maurice. (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. (C. RUIZ DEL CASTILLO, Trad.) Madri: Reus.

HENDERSON, Lynne. (1990-1991). Authoritarianism and the Rule of Law. *Indiana Law Journal*, 66, 379-456.

HENKEL, Heinrich. (1943). *Das deutsche Strafverfahren*. Hamburgo: Hanseatische.

_____. (1936). Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 36-43.

HESPANHA, Antonio M. (2009). *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias de hoje* (2a. ed.). Coimbra: Almedina.

HETHERINGTON, Michael J., & WEILER, Jonathan D. (2009). *Authoritarianism and Polarization in American Politics*. Cambridge: Cambridge University.

HOBBS, Thomas. (2002). *Do cidadão* (3a. ed.). (R. J. RIBEIRO, Trans.) São Paulo: Martins Fontes.

HOBSBAWM, Eric. (2007). *Globalização, democracia e terrorismo*. (J. VIEGAS, Trans.) São Paulo: Companhia das Letras.

HUBER, Ernst R. (1937). *Verfassungrecht des Grossdeutschen Reiches* (2a. ed.). Hamburgo: Hanseatische.

HUMAN RIGHTS WATCH. (2009). *Lethal Forte: police violence and public security in Rio de Janeiro and São Paulo*. Nova York: Human Rights Watch.

HUNGRIA, Nelson. (1955). *Comentários ao Código Penal* (Vol. VII). Rio de Janeiro: Revista Forense.

HUNGRIA, Nelson., & FRAGOSO, Heleno C. (1979). *Comentários ao Código Penal* (5a. ed., Vol. V). Rio de Janeiro: Forense.

_____. (1980). *Comentários ao Código Penal* (Vols. I, tomo I). Rio de Janeiro: Forense.

HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão C., & FRAGOSO, Heleno C. (1981). *Comentários ao Código Penal* (5a. ed., Vol. VIII). Rio de Janeiro: Forense.

HUSAK, Douglas. (2008). *Overcriminalization: the limits od the criminal law*. Oxford: Oxford University.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. (2011, março). Consagração da cultura punitiva. *Boletim do IBCCrim*, 220, 1. São Paulo, SP, Brasil.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC; JUSTIÇA GLOBAL. (maio de 2011). *São Paulo sob achaque: corrupção, crime organizado e violência institucional em maio de 2006*. Acesso em 11 de julho de 2011, disponível em Justiça Global: <http://global.org.br/programas/sao-paulo-sob-achaque-corrupcao-crime-organizado-e-violencia-institucional-em-maio-de-2006/>

JAKOBS, Gunther. (1997). *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. CUELLO CONTRERAS, & J. L. GONZALEZ DE MURILLO, Trans.) Madri: Marcial Pons.

_____. (2009). *Direito Penal do Inimigo*. (G. B. MENDES, Trad.) Rio de Janeiro: Lumen Juris.

JESCHECK, Hans-H., & WEIGEND, Thomas. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (5a. ed.). Berlin: Duncker e Humblot.

JUDT, Tony. (2010). *Ill fares the land*. Nova York: Penguin.

KANTOROWICZ, Hermann. (1964). *La definición del derecho*. (J. DE LA VEGA, Trans.) Madri: Revista de Occidente.

KARAM, Maria L. (2005). Sistema penal e publicidade enganosa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 52, 158-176.

KASSECKERT, Christian. (2009). *Straftheorie im Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich*. Berlin: Logos.

KERN, Eduard. (1967). *Strafverfahrensrecht* (8a. ed.). Munique: Beck.

KERRL, Hans. (1933). *Nationalsozialistisches Strafrecht: Denkschrift des Preussischen Justizministers*. Berlin: R. v. Decker.

KINDERVATER, Angela. (2007). *Stereotype versus Vorurteile: Welche Rolle spielt der Autoritarismus?* Frankfurt: Peter Lang.

KIRCHHEIMER, Otto. (1996). Criminal Law in National Socialist Germany. In: F. L. NEUMANN, & O. KIRCHHEIMER, *The rule of law under siege* (pp. 172-191). Berkeley: University of California.

KLEE, Ernst. (2007). *Das Personenlexikon zum Dritten Reich: Wer war was vor und nach 1945* (2a. ed.). Frankfurt: Fischer.

KLEMPERER, Victor. (1999). *Os diários de Victor Klemperer: testemunho clandestino de um judeu na Alemanha nazista*. (I. ARON, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras.

KOHLRAUSCH, Eduard, & LANGE, Richard. (1950). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* (39a./40a. ed.). Berlin: Walter de Gruyter.

KREY, Volker. (2008). *Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil* (Vol. I). Stuttgart: Kohlhammer.

LARENZ, Karl. (1935). Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung des Rechtsgrundbegriffe. In: G. DAHM, E. R. HUBER, K. LARENZ, K. MICHAELIS, F. CHSAFFSTEIN, & W. SIEBERT, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. 225-260.

LASCANO, Carlos J. (2004). La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en un 'derecho penal para enemigos' (como manifestación de un nuevo derecho penal autoritario). *Pensamiento Penal del Sur*, I, 179-209.

LAUBENTHAL, Klaus. (2004). Die Renaissance der Sicherungsverwahrung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, pp. 703-750.

LEITÃO, Miriam. (2011). *Saga Brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda* (4a. ed.). Rio de Janeiro: Record.

LENSKI, Gerhard. (1986). Power and Privilege. In: S. LUKES, *Power* (pp. 243-252). Nova York: NYU.

LIMA, Hermes. (1933). *Introdução à sciencia do direito* (1a. ed.). São Paulo: Companhia Editora Nacional.

LIMA, Marcia. (1999). O quadro atual das desigualdades. In: C. HASENBALG, N. d. SILVA, & M. LIMA, *Cor e estratificação social* (pp. 231-240). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria.

LIMA, Renato S., TEIXEIRA, Alessandra, & SINHORETTO, Jacqueline. (2003, abril). Raça e gênero no funcionamento da justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 125, p. 4 (encarte do Núcleo de Pesquisas).

LINZ, Juan José. (2000). *Totalitarian and authoritarian regimes*. Londres: Lynne Rienner.

LISZT, Franz v. (1905). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (14a./15a. ed.). Berlim: J. Guttentag.

_____. (1899). *Tratado de Direito Penal Alemão* (Vol. I). (J. H. PEREIRA, Trad.) Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.

- LÖBERBAUER, Harald. (2004). *Autoritarismus als gesellschaftliches Phänomen: Studienarbeit*. Salzburg: Grin.
- LUHMANN, Niklas. (1983). *Sociologia do direito* (Vol. I). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- LUKES, Steven. (1986). Introduction. In: S. LUKES, *Power* (pp. 1-18). Nova York: NYU Press.
- MACHADO, Roberto. (2003). Introdução: por uma genealogia do poder. In: M. FOUCAULT, *Microfísica do Poder* (18a. ed., pp. VII-XXIII). Rio de Janeiro: Graal.
- MAIA, Rodolfo Tigre. (1996). *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros.
- MANZINI, Vincenzo. (1950). *Tratatto di Diritto Penale Italiano* (Vol. I). Turim: UTET.
- MARCÃO, Renato. (2009). *Curso de Execução Penal* (7a. ed.). São Paulo: Saraiva.
- MARCUSE, Herbert. (2010). *Eros e Civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. (Á. CABRAL, Trad.) Rio de Janeiro: LTC.
- MARÍAS, Julian. (2004). *História da Filosofia*. (C. BERLINER, Trans.) São Paulo: Martins Fontes.
- MARINHO, Alexandre A., & FREITAS, André G. (2009). *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MARINHO, Antonio. (2010, junho 13). O cérebro criminoso: comportamento que viola senso natural de justiça seria alimentado pela impunidade. *O Globo*, 35.
- MARTÍN, Adrián N. (2006). Tendencia expansionista de un sistema penal autoritário. *Revista de Derecho Penal*, 8, 1461-1483.
- MATHIESEN, Thomas. (2001). Television, public space and prison population: a commentary on Mauer and Simon. In D. GARLAND, *Mass imprisonment: social causes and consequences* (pp. 28-34). Londres: Sage.

MATTOS, Virgílio de. (2006). *Crime e psiquiatria. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan.

MAUER, Marc. (2001). The causes and consequences of prison growth in the United States. In D. GARLAND, *Mass Imprisonment: social causes and consequences* (pp. 4-14). Londres: Sage.

MEIER, Bernd-D. (2007). *Kriminologie* (3a. ed.). Munique: C.H.Beck.

MERTON, Robert K. (1967). *On theoretical sociology*. Nova York: Free Press.

MEZGER, Edmund. (1950). *Criminologia*. (J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Trad.) Madri: Revista de Derecho Privado.

_____. (1936). *Deutsches Strafrecht - Ein Leifaden*. Berlim: Junker e Dünnhaupt.

_____. (1941). *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss* (2a. ed. ed.). Berlim: Junker e Dünnhaupt.

_____. (1936). Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1-17.

_____. (1938). Die Straftat als Ganzes. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 675-701.

_____. (1931). *Strafrecht. Ein Lehrbuch*. Munique e Lipzig: Duncker & Humblot.

MILGRAM, Stanley. (1974). *Obedience to authority: an experimental view*. Nova York: Harper & Row.

MILLS, Charles W. (2000). *The power elite*. Nova York: Oxford.

MIRANDA ROSA, F. A. (1982). *Poder, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar.

MONTAIGNE, Michel de. (2002). *Os ensaios: livro I* (2a. ed.). (R. C. ABÍLIO, Trans.) São Paulo: Martins Fontes.

MORGUET, Geraldine L. (2009). *Feindstrafrecht - Eine kritische Analyse*. Berlin: Duncker & Humblot.

MÜLLER, Ingo. (1991). *Hitler's Justice - The Courts of the Third Reich*. (D. L. Schneider, Trans.) Cambridge, Massachusetts: Harvard.

MÜNCH, Ingo v. (2004). *Gesetze des NS-Staates - Dokumente eines Unrechtssystems*. Hamburgo: Mauke.

MÜNCHHALFEN, Gaby, & GATZWEILER, Norbert. (2002). *Das Recht der Untersuchungshaft* (2a. ed.). Munique: Beck.

MUNHOZ NETTO, Alcides. (1982). Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, 33, 5-29.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2005). *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo* (4a. ed.). (P. C. BUSATO, Trans.) Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NAGLER, Johannes. (1938). Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. *Der Gerichtssaal*, III, 1-121.

NAY, Oliver, CARCASSONNE, G., DREYFUS, F., DUHAMEL, O., LAROCHE, J., SIMÉANT, J., et al. (2008). *Lexique de science politique: vie et institutions politiques*. Paris: Dalloz.

NEDER, Gizlene. (2010). Cultura jurídica, cultura religiosa e questão criminal. In P. ABRAMOVAY, & V. M. BATISTA, *Depois do grande encarceramento* (pp. 225-241). Rio de Janeiro: ICC, Revan.

NEMO, P. (2002). *Histoire des idées politiques*. Paris: Presses Universitaires de France.

NEPOMOCENO, Alessandr. (2004). *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan.

NEUBERT. (1938). Der Verteidiger. In F. GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafverfahren* (pp. 255-264). Berlin: R. v. Decker.

NICOLITT, André L. (2006). *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NIEDZWICKI, Matthias. (2008). Das Gesetz gegen Strassenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938 und der § 316a StGB. *Zeitschrift für das Juristische Studium* , 4, 371-374.

NINA RODRIGUES, Raimundo. (n/c). *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara.

NOSEDA, Enea. (1909). Dei delitti contro la libertà del lavoro. In E. PESSINA, *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*. Milão: Società Editrice Libreria.

NUCCI, Guilherme. d. (2011). *Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial* (7a. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, Leandro G. (2011). O Estado penal no Brasil contemporâneo: reproduzindo o holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* , 91, 201-226.

OESTERREICH, Detlef. (1996). *Flucht in die Sicherheit: Zur Theorie des Autoritarismus und der autoritären Reaktion*. Opladen: Leske + Budrich.

OETKER, Friedrich. A. (1935). Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform. In: H. FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung* (pp. 1317-1361). Munique: Zentralverlag der NSDAP.

OETKER, Friedrich A., NAGLER, Johannes, & VON WEBER, Hellmuth. (04 de Março de 1933). Gutachten. Berlin.

OWEN, Stephen S., & WAGNER, Kenneth. (2008). The Specter of Authoritarianism among criminal Justice Majors. *Journal of Criminal Justice Education* , 30-53.

PANDOLFO, Alexandre C., & MAYORA, Marcelo. (2006). A reiteração dialética dos discursos autoritários e garantistas : a necessária resistência dos operadores do direito às respostas (des)esperadas. *Revista Transdisciplinar de Ciências Disciplinares* , 5, 287-301.

PARSONS, Talcott. (1986). Power and social system. In: S. LUKES, *Power* (pp. 94-143). Nova York: NYU.

PASCHOAL, Janaina. C. (2011). *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Fabris.

PASTANA, Debora R. (2009). Justiça Penal Autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. *Revista de Sociologia e Política* , 32, 121-138.

_____. (2007). Os contornos do Estado punitivo no Brasil. *AJURIS* , 108, 61-77.

PAULI, Gerhard. (1992). *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*. Berlin: Walter de Gruyter.

PAVARINI, Massimo. (1980). *Introduzione a la criminologia* . Florença: Le Monnier.

PAVARINI, Massimo, & GIAMBERARDINO, André. (2011). *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PEREIRA, Anthony. (03 de outubro de 2010). Judiciário é autoritário. (L. Ferraz, Entrevistador) Folha de São Paulo.

PETERS, Karl. (1938). Das gesunde Volksempfinden. *Deutsches Strafrecht* , pp. 337-350.

PFEIFFER, Gerd. (1993). *Grundzüge des Strafverfahrensrechts* (2a. ed.). Munique: Beck.

PIPER, Ernst. (2007). *Kurze Geschichte des Nationalsozialismus*. Hamburgo: Hoffmann und Campe.

PLATÃO. (2006). *A República*. (A. L. Prado, Trans.) São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2010). *As Leis*. (E. Bini, Trans.) Bauru: Edipro.

POPPER, Karl. (2002). *The open society and its enemies*. Londres e Nova York: Routledge.

POSNER, Richard. (1985, outubro). An economic theory of the criminal law. *Columbia Law Review* , 85, n. 6, pp. 1193-1231.

POULANTZAS, Nikos. (1986). Class Power. In: S. LUKES, *Power* (pp. 144-155). Nova York: NYU.

PRADO, Luis R. (2010). *Curso de Direito Penal Brasileiro* (6a. ed., Vol. 3). São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2010a). *Curso de Direito Penal Brasileiro* (8a. ed., Vol. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2010b). *Curso de Direito Penal Brasileiro* (Vol. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais.

RADBRUCH, Gustav. (1998). Faschistisches Strafrecht. In: G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe, Band 8, Strafrecht II* (pp. 221-225). Heidelberg: C. F. Müller.

RAFTER, Nicole. (2008). *The criminal brain: understanding biological theories of crime*. Nova York: New York University.

RAMOS, João. G. (1991). *A inconstitucionalidade do "direito penal do terror"*. Curitiba: Juruá.

RAMOS, Silvia, & MUSUMECI, Leonarda. (2005). *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

REALE JUNIOR, Miguel. (1999). A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, 763, 415-431.

_____. (2002). *Instituições de Direito Penal: parte geral* (Vol. I). Rio de Janeiro: Forense.

REALE, Miguel. (1981). *Lições preliminares de direito* (9a. ed. ed.). São Paulo: Saraiva.

_____. (1998). O poder na democracia. In: M. REALE, *Pluralismo e liberdade* (pp. 219-246). Rio de Janeiro: Expressão e Cultura.

REHBINDER, Manfred. (2003). *Rechtssoziologie* (5a. ed. ed.). Munique: C.H.Beck.

REICH, C. A. (1988-1989). Law and Consciouness. *Cardozo Law Review*, 10, 77-92.

RIBEIRO, Charles A. (1995). *Cor e criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro: UFRJ.

RIEGER, Renata. J. (2011). *A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ROGHMANN, Klaus. (1966). *Dogmatismus und Autoritarismus*. Meisenheim am Glan: Anton Hain.

ROKEACH, Milton. (1960). *The open and closed mind: investigations into the nature of belief*. Nova York: Basic Books.

ROSALDO, Renato. (1993). *Culture and truth*. Boston: Beacon Press.

ROXIN, Claus. (2007). Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal ? In R. HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático ?* (R. ALCÁCER GUIRAO, Trans., pp. 443-458). Madri: Marcial Pons.

_____. (2006). *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre* (4a. ed., Vol. I). Munique: Beck.

_____. (2003). *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (Vol. II). Munique: Beck.

ROXIN, Claus, & SCHÜNEMANN, Bernd. (2009). *Strafverfahrensrecht* (26a. ed.). Munique: Beck.

RUIVO, Marcelo A. (2011). *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RÜPING, Hinrich, & JEROUSCHEK, Gunter. (2007). *Grundriss der Strafrechtsgeschichte* (5a. ed ed.). Munique: C.H.Beck.

RUSCHE, Georg, & KIRCHHEIMER, Otto. (2008). *Punishment and Social Structure*. Nova York: Columbia University.

RUSSELL, Bertrand. (1967). *A History of Western Philosophy*. Nova York: Simon & Schuster/Touchstone.

_____. (1986). The forms of power. In: S. LUKES, *Power* (pp. 19-27). Nova York: NYU.

RÜTHERS, Bernd, FISCHER, Christian, & BIRK, Axel. (2010). *Rechtstheorie* (5a. ed.). Munique: Beck.

SABADELL, Ana L. (2001). Considerações sobre o direito penal subjetivo no contexto da Súmula 174 do STJ. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 109, 6-7.

_____. (2005). *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. (3a. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2003). Prefácio. In V. R. ANDRADE, *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização* (pp. 7-13). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SALAS, Denis. (2005). *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette.

SALISBURY, John of. (2000). *Policraticus: on the frivolities of courtiers and the footprints of philosophers*. (C. J. NEDERMAN, Trad.) Cambridge: Cambridge University Press.

SANTOS, Gevanilda. (2009). *Relações raciais e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro.

SANTOS, Milton. (2000). *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal* (4a. ed.). Rio de Janeiro: Record.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. (1935). *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlim: Junker e Dünhaupt.

_____. (1936). Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. In: G. DAHM, *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. festschrift zum 60. Geburtstag von Graf Gleispach* (pp. 70-114). Berlim e Leipzig: Walter de Gruyter.

SCHMIDT, Andrei Z. (2004). Crônica acerca da extinção do exame criminológico. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 134, 2-3.

SCHMIDT, Eberhard. (1967). *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

_____. (1995). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3a. ed ed.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

SCHMITT, Carl. (2002 [1932]). *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker e Humblot.

_____. (1934). *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit* (2a. ed.). Hamburg: Hanseatische.

_____. (2006). *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHOETENSACK, August, CHRISTIANS, Rudolf, & EICHLER, Hans. (1934). *Grundzüge eines deutschen Strafvollstreckungsrechts*. Berlin: R. v. Decker.

SCHÖNKE, Adolf, & SCHRÖDER, Horst. (2010). *Stragesetzbuch* (28a. ed.). Munique: Beck.

SCHUBERT, Werner, REGGE, Jürgen, RIESS, Peter, & SCHMID, W. (1991). *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts* (Vols. III-2-1). Berlin: Walter de Gruyter.

_____. (1991a). *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts* (Vols. III-1). Berlin: Walter de Gruyter.

SCHÜNEMANN, Bernd. (1978). *Nulla poena sine lege ? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin: De Gruyter.

SCHWARZ, Otto. (1935). Der nationalsozialistische Strafprozess. In: H. FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung* (pp. 1460-1475). Munique: Zentralverlag der NSDAP.

SEEBODE, Manfred. (2001/2002). Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot im Zeitwandel: das Rechtsgutachten für den Reichsbrandprozess. *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* , 3, 203-236.

SENNETT, Richard. (2001). *Autoridade*. (V. Ribeiro, Trans.) Rio de Janeiro: Record.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. (2007). *Introdução à criminologia*. (L. R. PRADO, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.

SHECAIRA, Sergio. S. (2003). Racismo. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco* (pp. 401-418). São Paulo: Revista dos Tribunais.

SHIRER, William. L. (2008). *Ascensão e queda do Terceiro Reich*. Rio de Janeiro: Agir.

SIEGERT, Karl. (1934). *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*. Tübingen: J. C. B. Mohr.

_____. (1935). Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozess des neuen Staates. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 54, 14-34.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus M. (2009). *Tiempos de Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

_____. (2002). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. (L. O. ROCHA, Trans.) São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Ângelo R. (2003). *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Nelson d. (1999). Diferenças raciais de rendimentos. In: C. HASENBALG, C. d. SILVA, & M. LIMA, *Cor e estratificação social* (pp. 184-216). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria.

SILVA, Pablo Rodrigo. (2004). *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVEIRA, Renato d. (2006). *Direito Penal Economico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais .

SIMON, Jonathan. (2011). Fear and loathing in late modernity: reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. In D. GARLAND, *Mass imprisonment: social causes and consequences* (pp. 15-27). Londres: Sage.

SINHORETTO, Jacqueline. (2002). *Os justiçadores e sua justiça: linchamentos, costume e conflito*. São Paulo: IBCCrim.

SIQUEIRA, Galdino. (1950). *Tratado de Direito Penal* (2a. ed., Vol. I). Rio de Janeiro: José Konfino.

SMAUS, Gerlinda. (1998). *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*. Baden-Baden: Nomos.

SOARES, Luis. E. (2005). Prefácio. In S. RAMOS, & L. MUSUMECI, *Elemento suspeito: abordagem e discriminação na cidade do Rio de Janeiro* (pp. 11-14). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SOARES, L. H., LIMA, R. S., KONISHI, L. L., BORDINI, E. B., CAIADO, A. S., ARAÚJO, M. d., et al. (2003, abril). Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, pp. 1-3 (encarte do Núcleo de Pesquisas).

SORIANO, Ramon. (1997). *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.

SPOHR, Werner. (1937). *Das Recht der Schutzhaft*. Berlin: Georg Stilke.

STEGER, Manfred B., & ROY, Ravi K. (2010). *Neoliberalism: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.

STENNER, Karen. (2005). *The authoritarian dynamic*. Cambridge: Cambridge University.

STOOSS, Carl. (1913). *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*. Viena, Leipzig: Franz Deuticke.

STOPPINO, Mario. (1999). Autoridade. In N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (J. Ferreira, Trans., 12a. ed., Vol. I, pp. 88-94). Brasília: Universidade de Brasília.

_____. (1999). Autoritarismo. In N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (J. FERREIRA, Trans., Vol. I, pp. 94-104). Brasília: Universidade de Brasília.

_____. (1999). Poder. In: N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, & G. PASQUINO, *Dicionário de Política* (12a. ed., Vol. vol. II, pp. 933-943). Brasília: Universidade de Brasília.

_____. (1999). Totalitarismo. In: N. BOBBIO, & N. MATEUCCI, *Dicionário de Política* (pp. 1247-1259). Brasília: UNB.

SULOCKI, Victoria-A. d. (2010). *Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI (tese de doutorado)*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito PUC-Rio.

TANGERINO, Davi d. (2011). *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier.

TAVARES, Juarez. (2009). *Apontamentos de aula: (UERJ - 2009). Tentativa e consumação*. Retrieved julho 07, 2011, from www.juareztavares.com/aulas.html.

_____. (1996). *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal.

_____. (2011). Culpabilidade e individualização da pena. In N. BATISTA, & A. NASCIMENTO, *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar* (pp. 121-152). Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2003). *Teoria do injusto penal* (3a. ed.). Belo Horizonte: Del Rey.

THOMPSON, Augusto. (2000). *A questão penitenciária* (5a. ed.). Rio de Janeiro: Forense.

_____. (1968). Lei penal em branco e retroatividade benéfica. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, 19, 223-237.

_____. (1998). *Quem são os criminosos ?* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

TREITSCHKE, Heinrich v. (1916). *Politics* (Vol. I). (A. J. BALFOUR, Trad.) Nova York: Macmillan.

VASCONCELLOS, Fernanda B. (2010). *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

VERANI, Sergio. (1996). *Assassinatos em nome da lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã.

VOGEL, Joachim. (2004). *Einflüsse des nationasozialismus auf das Strafrecht*. Berlim: BWV.

VOLK, Klaus. (2010). *Grundkurs. StPO*. (7a. ed.). Munique: C.H.Beck.

_____. (2010). Marktmissbrauch und Strafrecht. In F. HERZOG, & U. NEUMANN (Eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer* (pp. 915-926). Heidelberg: C.F. Müller.

VORMBAUM, Thomas. (2009). *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer.

WACHENFELD, Friedrich. (1914). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Munique : Beck.

WACHSMANN, Nikolaus. (2004). *Hitler's Prisons: legal terror in Nazi Germany*. New Haven: Yale University.

WACQUANT, Loïc. (2007). *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]* (3a. ed.). (S. LAMARÃO, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

WEBER, Max. (2004). *Economia e Sociedade* (Vol. II). (R. BARBOSA, & K. E. BARBOSA, Trans.) São Paulo: UnB, Imprensa Oficial.

WEDY, Miguel T. (2006). *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

WEIKART, Richard. (2004). *From Darwin to Hitler*. Nova York: Palgrave Macmillan.

WELZEL, Hans. (1940). *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1a. ed.). Berlin: Walter de Gruyter.

WERLE, Gerhard. (1989). *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*. Berlin: Walter de Gruyter.

WESEL, Uwe. (2006). *Geschichte des Rechts* (3a. ed ed.). Munique: C. H. Beck.

WETZEL, Richard. (2009). Criminology in Weimar and Nazi Germany. In P. BECKER, & R. WETZEL, *Criminals and their Scientists* (pp. 401-424). Cambridge: Cambridge University.

_____. (2000). *Inventing the criminal. A history of german criminology 1880-1945*. Chapel Hill: North Carolina Press.

WILSON, Glen D. (1973). *The psychology of conservatism*. Londres, Nova York: Academic Press.

WOLF, Erik. (1932). *Vom Wesen des Täters*. Tübingen: J.C.B. Mohr.

YOUNG, Jock. (2002). *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. (R. AGUIAR, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2007). *O inimigo no direito penal*. (S. LAMARÃO, Trans.) Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, & SLOKAR, Alejandro. (2000). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, & SLOKAR, Alejandro. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, Eugenio R., BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, & SLOKAR, Alejandro. (2003). *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2010). *Direito Penal Brasileiro II, I*. Rio de Janeiro: Revan.

ZIMMERL, Leopold. (1936). Zur Auslegung des § 2 StGB. In: G. DAHM, *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. festschrift zum 60. Geburtstag von Graf Gleispach* (pp. 173-187). Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter.

ZIPPELIUS, Reinhold. (2007). *Rechtsphilosophie* (5a. ed.). Munique: Beck.