

Buscando o inimigo: De Satán ao direito penal cool**

1. Os diferentes aspectos do poder punitivo

O ser humano não é concebível fora de relações interativas (de cooperação ou conflito). As mencionadas relações vão criando estruturas de poder que apareceram nas sociedades pequenas (tribos, clãs), tendo ao longo dos anos abarcado outras mais amplas (nacionais) e, por fim, coberto o planeta. Avançaram no século XV em forma de colonialismo; no século XVIII, como neocolonialismo¹; e desde o século XX, com a globalização². Em cada momento, precedidas por uma transformação - econômica, política e social - chamada *revolução* (*mercantil*, séculos XIV/XV; *industrial*, século XVIII; e *tecnológica*, no século XX), como pontos de um mesmo processo expansivo de poder³.

O exercício do poder planetário necessitou sempre de certa forma de poder interno nas potências dominantes, *pois não se pode dominar sem organizar-se previamente em forma dominante*. Por isso, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, necessitou previamente reordenar suas sociedades em forma de alta hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades⁴), para o qual retomou um

* Este trabalho está destinado ao Livro homenagem ao querido colega, Prof. Giorgio Marinucci, da Università degli Studi di Milano, com afeto e admiração por sua obra e pensamento.

* Foi traduzido pelos professores Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho, mestres em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes.

¹ Cf. Darcy Ribeiro. *O processo civilizatório, Estudos de antropologia da civilização*. Petrópolis, 1987, p. 129 e ss.

² V. n. trabalho, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, em "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, reproduzido em "Direito e Cidadania", ano 3, nº 8. República de Cabo Verde: Praia, novembro de 1999/fevereiro de 2000.

³ Cf. Immanuel Wallerstein. *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*. México, 1998. Cada um desses momentos gerou uma compreensão do mundo e um discurso legitimante e deslegitimante, com *integrados* e *apocalípticos* (Humberto Eco. *Apocalittici e integrati, Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*. Bompiani, 1995), e apareceram fenômenos violentos em crescente extensão, conforme o incremento do potencial tecnológico de controle e destruição, basta chegar ao presente, em que se põe em risco a vida de todo o planeta (cf. Nicolas Skrotzky. *Guerres: crimes écologiques*. Paris, 1991).

⁴ V. Ferdinand Tönnies. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires, 1947.

poder interno que havia sido exercido pela grande potência conquistadora (Roma) e que a sua queda havia desaparecido⁵: o poder punitivo.

Esse formidável instrumento de verticalização social dotou as sociedades européias da forte organização econômica e militar (e da homogeneidade ideológica⁶) indispensáveis para o êxito do genocídio colonialista. Nem Roma teria podido conquistar a Europa, nem a última poderia ter conquistado a América e a África, sem a poderosa verticalização interna que resulta *do confisco das vítimas* para neutralizar os disfuncionais. Sem esse instrumento tampouco poderia ter controlado os países colonizados, onde assumiu formas hierarquizantes próprias para convertê-los em imensos campos de concentração.

Os exércitos conquistadores são somente a expressão mais visível de outros que são maiores, nas mesmas sociedades ou nações colonizadoras, estruturadas corporativamente, hierarquizadas e dotadas de uma ideologia única, que não admite dissidência.

Estes exércitos imensos armaram-se a partir de pequenas células controladoras (famílias) nas quais mandava um sub-oficial (*pater*), ao que se submetiam as mulheres, os idosos, os servos e escravos, as crianças e os animais domésticos, *todos inferiores biológicos do pater*, que segundo o direito civil tradicional respondia pelos danos causados pelos seus subordinados. Daí a importância do controle da sexualidade, da misoginia, da homofobia, como elementos disciplinantes, aos quais se dedicaram, desde a idade média, nos

⁵ Especialmente por obra do direito germânico e a composição. V. Eberhard Schmidt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen, 1951, p. 21 e ss.; Heinrich Siegel. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlin, 1886, p. 13 e ss.; Hugo Hoegel. *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung einer Erleuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*. Viena, 1904, p. 3 e ss.; H. Rüping. *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. München, 1991; sobre o direito penal romano: Albert Du Boys. *Histoire du Droit Criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*. Paris, 1845, p. 248 e ss.; R. Mommsen. *Römisches Strafrecht*. Berlin, 1899 (trad. castelhana de Pedro Dorado. Madrid, s.d.).

⁶ “¿Que necesitan hoy los que suben al poder aparte de una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitam el texto” (André Glucksmann. *Los maestros pensadores*. Barcelona, 1978, p. 43).

textos legais e na manualística⁷ - obcecados por reprimir toda manifestação dionisiaca considerada diabólica⁸ -, mais espaço que à regulação da propriedade⁹.

Todavia, *quando se analisa o fenômeno de expansão do poder planetário, a partir da perspectiva de seu instrumento verticalmente ordenador, que é o poder punitivo*, costuma-se confundir aspectos que, se bem não são independentes, porque interatuam, são essencialmente diferentes. Não se pode compreender um exercício de poder em constante expansão quando são confundidos níveis que correspondem às diferentes agências de sua heterogênea composição. Para aproximar-se a sua realidade, é necessário distinguir, pelo menos, quatro níveis de perspectivas:

(a) Uma coisa é *o exercício real da repressão*, é dizer, a criminalização secundária e individualização de pessoas sobre as quais esta recai, seja em forma de castigo, morte ou dor física, legal ou ilegalmente impostos por agências executivas.

(b) Outra, é o que prescrevem as leis, ou seja, *a criminalização primária* ou legislação repressiva ou penal, que configura o *dever ser* produzido pelos órgãos emissores das leis (parlamentares, autócratas, etc.), e que nunca coincide de todo com o *ser* da repressão.

(c) Também, outra, diferente das anteriores, é o que teorizam os autores de discursos legitimantes e críticos, é dizer, o *discurso jurídico-penal* ou *ideológico*, que surge basicamente das agências de reprodução ideológicas (escolas, universidades, etc).

(d) A isto se deve agregar a publicidade ou *propaganda* do sistema penal, realizada por diferentes agências (a partir dos sermões nas igrejas, bandos nas praças, arengas de padres e povoados, etc., até a sofisticada

⁷ Como prova basta ver a 1ª. Parte, questão VI de H. Krämer / J. Sprenger. *Il martello delle streghe*. Marsilio: Ed. Venecia, 1995, p. 85-96.

⁸ Cf. Norman O. Brown. *La vita contro la morte, Il significato psicoanalitico della storia*. Bompiani, 1986, p. 183 e ss.

⁹ V. a pormenorizada investigação de James A. Brundage. *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*. México, 2000.

publicidade contemporânea, passando pelo teatro¹⁰), que o apresenta à chamada *opinião pública* como seu protetor ou custódio, neste e em outro mundo.

Somente a partir de uma perspectiva de conjunto que abarque os quatro níveis assinalados se percebe o *curso do poder planetário como uma permanente busca do inimigo*, sem que obstaculize a permanente mudança de nível analítico, que é uma armadilha que impede a compreensão do fenômeno em sua totalidade¹¹. Todavia, a partir da perspectiva desta totalidade percebe-se que essas sociedades corporativizadas se lançaram contra inimigos externos e internos: os externos foram os destinados a serem dominados; os internos foram todos os que debilitaram a alucinação do momento constituída pela *emergência* de plantão¹².

Embora a questão do inimigo torne-se franca e racionalize-se, no século XIX com Garófalo e no século XX com Carl Schmitt¹³, *a busca e identificação de inimigos foi uma tarefa permanente do poder punitivo ao longo dos últimos oito séculos*. A relação entre sociedades corporativizadas, umas para dominar e outras para serem dominadas não pode ser outra que a de guerra, e esta supõe inimigos. O delinqüente é definido como inimigo interno enquanto o soldado alheio é o inimigo externo¹⁴. O delinqüente é a *quinta coluna* que rompe com a homogeneidade ideológica da frente interna.

Para quem define o poder, como o *poder de identificar o inimigo*, não há possibilidade de utilizar o poder para dar vigência aos direitos humanos, pois estes não têm inimigos, por abarcar a toda a humanidade, e seu uso não seria

¹⁰ V. Valentino Rivalta. *Storia e sistema del diritto dei teatri secondo l'etica e i principii delle leggi canoniche e civili*. Bologna, 1886.

¹¹ Isto sucede quando a uma observação sobre "a" se responde com um argumento extraído de "c" ou de "b" e vice-versa, nas trinta e duas combinações possíveis e desconcertantes.

¹² Sobre o conceito de "emergência", Sergio Moccia. *La perenne emergenza*. Napoli, 2000.

¹³ V. Joseph W. Bendersky. *Carl Schmitt teorico del Reich*. Bologna, 1989.

¹⁴ "A los ojos del pueblo, los códigos, los procedimientos y el mismo poder judicial parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a la sociedad contra el criminal" (p. 15); "Mediante una matanza en el campo de batalla la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores" (p.133) (R. Garófalo, *La criminología*, trad. de Pedro Dorado Montero. Madrid, s.d.; p. XXIII e 59 da 2ª. Ed. Italiana. Torino, 1891).

mais que a pretensão de deixar fora da humanidade àqueles que os violam¹⁵. Com toda razão foi dito meio século antes de Schmitt, que *quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou o fundamento jurídico da guerra*¹⁶.

2. As etapas colonialista e neocolonialista.

O discurso teocrático apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, todavia matavam aos dissidentes internos, os rebeldes colonizados¹⁷ e as mulheres díscolas¹⁸. O *inimigo* desta empresa era o diabo¹⁹. Como Jesus foi uma vítima do poder punitivo e não um deus guerreiro, inventaram-lhe um *inimigo guerreiro*, chefe de um exército de demônios para legitimar os exércitos em nome de Cristo²⁰. Esta invenção montou-se sobre um preconceito europeu muito antigo que acreditava nos *maleficia* das bruxas²¹ admitido e ratificado pelos acadêmicos de seu tempo²².

O poder legitimado por estes discursos exerceu-se na forma de genocídio (eliminação da maior parte da população americana, tráfico escravista africano²³, destruição das culturas pré-coloniais de ambos

¹⁵ Carl Schmitt. *El concepto de lo político*. México, 1985, p. 51.

¹⁶ Tobias Barreto. *Obras Completas, tomo V, Direito, Menores e loucos*. Sergipe, 1929, p. 151.

¹⁷ Sobre a resistência colonizada, Richard Price (Comp.). *Sociedades cimarronas, Comunidades escravas rebeldes en las Américas*. México, 1981; Daniel Valcárcel. *La rebelión de Túpac Amaru*. México, 1965; Ramiro Condarco Morales. *Zárate, el temible Willka, Historia de la rebelión indígena de 1899*. La Paz, 1965.

¹⁸ Também se ocuparam dos pactos diabólicos na colônia. V. Fray Andrés de Olmos. *Tratado de hechicerías y sortilegios, 1553*. México: Edición de Georges Baudot, UNAM, 1990, p. 47.

¹⁹ V. Alberto Cousté. *Biografía do diabo, O diabo como a sombra de Deus na história*. Rio de Janeiro, 1997.

²⁰ Cf. a complicada formação desta dinâmica em Carlos Amadeu B. Byington, prefácio a ed. Brasileira do *Malleus Maleficarum*. Rio de Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos, 1991.

²¹ Ampla investigação sobre estes preconceitos em Norman Cohn. *Los demonios familiares de Europa*. Madrid, 1980.

²² Cf. as vozes “fascinación” e “maleficia”, em Rossell Hope Robbins. *Enciclopedia de la brujería y demonología*. Madrid, 1988.

²³ Por todos, Hubert Lechamps. *Storia della tratta dei negri*. Arnoldo Mondadori, 1971; Hugh Thomas. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona, 1998; Joseph E. Inikori. *La trata negrega del siglo XV al XIX*. Barcelona, 1981.

continentes)²⁴. Seu exercício pôs em marcha uma economia extrativa que proporcionou matérias-primas e meios de pagamento²⁵, o que deu origem ao capitalismo moderno, debilitando as potências colonizadoras e fortalecendo as neocolonizadoras²⁶.

O poder passou de Espanha e Portugal ao Centro e Norte da Europa; a classe capitalista levantou-se contra a nobreza colonialista; o poder planetário privilegiou as relações econômicas e relativizou o domínio político, substituindo-o em boa parte pelo econômico. O poder punitivo teve um papel central nas mudanças estruturais internas nas sociedades neocolonialistas: primeiro as novas classes produtivas lutaram para debilitar o exercido sobre elas (discurso do liberalismo penal, fundado no contratualismo e no racionalismo); contudo mais tarde essas mesmas classes revitalizam-no para conter as populações concentradas nas cidades frente às riquezas ali acumuladas e para submetê-las ao treinamento que as converteria em assalariados²⁷.

Generalizou-se a prisão²⁸; para controlar as classes perigosas inventaram-se as polícias²⁹; inverteu-se o espetáculo penal: as penas deixaram de ser públicas e os julgamentos mostraram-se em um cenário previamente determinado³⁰, ainda que não tenham renunciado ao inquisitório que se manteve com a figura da polícia de instrução.

²⁴ V. Pierre Duviols. *La destrucción de las religiones antiguas durante la conquista y la colonia*. México, 1977; Angel M. Garibay K. / Miguel León Portilla. *La visión de los vencidos*. México, 1961; Robert Jaulin. *El etnocidio a través de las Américas*. México, 1976.

²⁵ V. por ex., Walter Rodney. *De cómo Europa subdesarrolló a África*. México, 1982.

²⁶ V. Maurice Niveau. *Historia de los hechos económicos contemporáneos*. Barcelona, 1977.

²⁷ V. Melossi / Pavarini. *Carcere e fabbrica, Alle origine del sistema penitenziario*. Bologna, 1979.

²⁸ V. Michael Ignatieff. *Le origine del penitenziario*. Milano, 1982.

²⁹ Na França estabeleceram-se os Bourbons, mas a Grã-Bretanha resistiu largamente. V. o difícil processo inglês em Sir Basil Thomson. *La historia de Scotland Yard*. Madrid, 1937.

³⁰ É clássica e magistral a análise desta transformação em Michel Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*. Paris, 1975.

Os insubordinados e dissidentes passaram a ser inferiores biológicos³¹, igual aos colonizados³², e a eles destinaram-se instituições totais. Consideraram-se subumanas as mulheres³³ e as minorias sexuais³⁴. Os médicos dotaram a polícia³⁵ de um discurso acadêmico – que era uma instituição nova e sem discurso próprio³⁶ – e a divulgação científica na escola e na imprensa agiu como propaganda. A legislação inventou as medidas de segurança, ou seja, penas que não eram penas, para neutralizar os inferiores. Os acadêmicos teorizaram que os inimigos internos eram selvagens que nasciam por acidente biológico nas sociedades dominantes³⁷.

³¹ Era a ideologia de todo o positivismo criminológico, todavia alcançou seu ápice com Fructuoso Carpena (*Antropología Criminal*. Madrid, 1909, p. 15), que sustentou que a criminologia era um ramo da zoologia.

³² Lombroso assinala a semelhança do criminoso nato com o mongolóide e o negróide (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*, 3ª. Ed. Torino, 1884, p. 248 e 295). Há muito tempo haviam assinalado-se caracteres humanos aos animais, para logo classificar aos humanos conforme aos caracteres antes assinalados aos animais. Esta foi uma tarefa iniciada pelos fisionomistas, desde Giovan Battista della Porta. *Della fisionomia dell'uomo. Con illustrazioni dell'edizione del 1610*. Parma, 1988. Para o século XVIII, Johann Caspar Lavater / Georg Christoph Lichtenberg. *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica. Un dibattito settecentesco*, a cura di Giovanni Gurisatti. Padova, 1991; também Lucia Rodler. *Il corpo specchio dell'anima. Teoria e storia della fisiognomica*. Bruno Mondadori, 2000. Um meticoloso e inteligente desenvolvimento em Armelle Le Bras-Chopard. *El zoo de los filósofos. De la bestialización a la exclusión*. Madrid, Taurus, 2003.

³³ A identificação do judeu com o feminino do suicida Otto Weininger, levou-o a escrever seu delirante livro *Sesso e carattere*. Torino, 1922; sobre este disparate: George L. Mosse. *Il razzismo in Europa dalle origine all'olocausto*. Laterza, 1992, p. 118.

³⁴ Sobre positivismo e minorias sexuais, Jorge Saléis. *Médicos, maleantes y maricas, Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la Nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*. Bs. As., 1995. O homem adulto, branco, "ario", forte e musculoso era o superior (cf. George L. Mosse. *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*. Torino, 1997), todos os demais eram considerados inferiores, débeis, decadentes, patológicos ou criminais: mulheres, judeus, colonizados, ciganos, enfermos, incapazes físicos ou mentais, idosos, crianças, dissidentes políticos, minorias sexuais, religiosas, etc.

³⁵ A partir do século XVI os médicos tentaram lançar mão do discurso penal: ver lean Wier. *Cinq Livres de l'imposture et de la tromperie des diables: des enchantements et sorcelleries*. Paris, 1569.

³⁶ O livro mais importante escrito por um policial de Paris, mostrava a carência de discurso: H. A. Frégier. *Des classes dangereuses de la population dans les grandes Villes*. Bruxelles, 1840.

³⁷ Embora esta era a idéia lombrosiana, também o eram os dissidentes políticos: Cesare Lombroso. *Gli anarchici*. Torino, 1894; Lombroso / Laschi. *Le crime politique et les révolutions*. Paris, 1892; e também resultavam suspeitosos os considerados supranormais (Lombroso. *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*. Torino, 1894). Max Nordau o seguia cercanamente considerando degenerados todos os artistas perigosamente criativos (*Degeneración*. Madrid, 1902). Sobre isto Daniel Dic. *Volti della degenerazione, una síndrome europea 1848-1918*. Firenze, 1999.

Nos países neocolonizadores as instituições totais assumiram a forma de prisões e o poder repressivo serviu, na realidade, para expulsar boa parte dos inimigos ou classes perigosas européias: os agressivos foram relegados a colônias distantes³⁸ e os restantes foram empurrados para a emigração³⁹. O poder punitivo cumpriu um papel central neste momento planetário. A igreja romana havia perdido a hegemonia discursiva; a reforma preparou o capitalismo⁴⁰ aceitando que o diabo era o dono deste mundo e que somente a fé podia salvar no próximo mundo⁴¹. Os filósofos e os juristas legitimaram discursivamente a redução do poder punitivo sobre a nova classe em ascensão e, por último, os policiais e os médicos, embasados no progresso permanente e em disparates biológicos⁴², proporcionaram um novo discurso hierarquizante, claramente racista, paternalista, organicista, misógino, discriminador, cuja última consequência levava a eliminação dos inferiores. Se bem não pode atribuir-se ao discurso perigosista o genocídio nazista - porque nenhum discurso por si mesmo produz o genocídio - também é verdade que esse discurso permitiu identificar os inimigos do regime.

Em síntese, os sete séculos do poder punitivo ininterruptos, anteriores aos séculos XX, mostram dois principais momentos do seu emprego ilimitado: o *colonialista*, com o discurso da *inquisição* (eclesiástica ou estatal⁴³), e o

³⁸ Sobre a deportação inglesa na Austrália, Robert Hughes. *La costa fatídica*. Barcelona, 1989; sobre a deportação francesa: Édouard Teisseire, *La transporation pénale et la relegation d'après les Lois de 30. Mai 1854 et 27.Mai 1885*. Paris, 1893; C. O. Barbaroux, *De la transportation*. Paris, 1857 ; H. Donnedieu de Vabres, *A Justiça penal hoje*. São Paulo, 1938, p. 102.

³⁹ Por ex., F. Devoto/G. Rosoli. *La inmigración italiana en la Argentina*. Bs. As., 1985.

⁴⁰ Sustenta-se que sua preparação foi proveniente de Santo Agostinho: León Rozitchner. *La Cosa y la Cruz. Cristianismo y capitalismo*. Bs. As., 1997.

⁴¹ Essa era a posição de Lutero, sobre ele Norman O. Brown, op. cit.; A clássica obra de Max Weber. *Ética protestante*. Bs. As., 2004.

⁴² Fundamentalmente baseados em Herbert Spencer. *Principes de Sociologie*. Paris, 1883; *El universo social. Sociología general y descriptiva*, adaptação espanhola de Salvador Sanpere e Miquel. Barcelona, 1883.

⁴³ O inquisitório não se pode identificar com a inquisição romana ou eclesiástica, pois a caça às bruxas foi praticada também amplamente pela justiça laica; ademais, tampouco se deve identificar a inquisição romana com a espanhola. Sobre isso: uma síntese em Paolo Ceccoli. *L'Inquisizione Santa*. Colognola ai Colli, 1999; Martín Walter. *Historia de la Inquisición Española*. Madrid, 2001; Henry Kamen. *La Inquisición española*. Madrid, 1973.

neocolonialista, com o discurso do *racismo médico/policial*. Entre ambos, a luta abriu um espaço, entre os que perdiam o poder e os que pretendiam assumi-lo: foi o momento dominante do *discurso crítico do liberalismo penal*. Surgiram assim, no plano acadêmico, *duas estruturas discursivas: a autoritária ou inquisitória e a crítica ou liberal*⁴⁴.

Passados cinco séculos de distância os textos legitimantes conservaram idêntica estrutura autoritária. No plano social real tudo indica que esta alternância é proveniente da luta de corporações pelo domínio do poder do discurso da questão penal: os dominicanos hegemonizaram o da inquisição contra o diabo (século XIV), até que os jesuítas o reorganizaram sobre o modelo espanhol contra os hereges (protestantes) (século XVI)⁴⁵ e, finalmente tiveram que deslegitimar o discurso da corporação dominicana. Por isso, foram benevolentes com o primeiro discurso crítico (século XVII)⁴⁶. Logo, os iluministas e liberais (corporação de filósofos e juristas) deslegitimaram o discurso teocrático com um novo discurso que respondia a estrutura crítica que haviam inaugurado os jesuítas contra os dominicanos⁴⁷. Quando a classe dos industriais alcançou o poder, os médicos e policiais⁴⁸ lhe deram um novo discurso autoritário com a estrutura do inquisitorial.

O discurso penal degradou-se a coação direta policial (administrativa) sempre que assumiu a estrutura inquisitória: justificou o emprego da força para eliminar uma suposta ameaça coletiva por parte de inimigos poderosíssimos em uma guerra mais ou menos alucinada⁴⁹. Quando quis legitimar a contenção do poder (liberalismo) tornou-se civil onde não há inimigos, e sim partes em

⁴⁴ V. n. *Lectio Doctoralis* na Universidad de Castilla-La Mancha, janeiro de 2004 (inérita).

⁴⁵ Sobre ele, Giovanni Romeo. *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*. Firenze, 1990.

⁴⁶ Friedrich von Spee. *Cautio Criminales ovvero Dei Processi contro le streghe*. Roma, 1986; ver n. trabalho, *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Bs. As., 2004.

⁴⁷ Cf. Giovanni Romeo, op. cit.

⁴⁸ Não sem antes disputarem os médicos com os juizes as cabeças dos guilhotinados, cf. Pierre Darmon. *Médicos e assassinos na Belle Époque, A medicalização do crime*. Rio de Janeiro, 1991.

⁴⁹ Sobre a coação direta: Iñaki Agirreazkuenaga, *La coacción administrativa directa*. Madrid, 1990; também Otto Mayer. *Derecho Administrativo Alemán*. T. II. Bs. As., 1950, p. 3 e ss.

conflitos: o direito civil busca reparação e não eliminação do vencido. Isto dotou o discurso penal de uma particular *avidez por assimilar elementos de outros discursos ante a orfandade de elementos próprios*.

3. O autoritarismo penal do século XX europeu: o frontalismo mítico

No século passado a primeira guerra (1914-1918) foi insolitamente cruel, protagonizou o primeiro genocídio do século⁵⁰, tornou evidente que os soldados são somente o avanço visível dos exércitos que abarcam a todas as economias em guerra, e mudou o mapa do poder mundial⁵¹. Europa decadente, EUA ascendente⁵² e o fenômeno soviético⁵³ marcaram importantes mudanças no poder planetário e, também, no interno.

Na Europa exaltou-se o heroísmo⁵⁴ e apareceram novos autoritarismos que assumiram variantes discursivas penais de caráter biologista: seguidor do marxismo na Rússia⁵⁵, do idealismo na Itália e de brutal racismo genocida na Alemanha. Os discursos destes regimes não somente tinham estrutura inquisitorial, senão também a mesma ideologia proveniente do século XIX: a *perigosidade* seguiu seu destino *policial/administrativo*, legitimando crimes na medida em que cada autócrata quis levar adiante seus propósitos genocidas, além das previsões das próprias leis formais e as racionalizações - ainda as mais aberrantes - de seus escritos jurídicos e criminológicos.

⁵⁰ V. Vahakn N. Dadrian. *The History of the Armenian Genocide, Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*. Providence / Oxford, 1997; sobre este e os outros genocídios do século passado: Yves Ternon. *L'État criminel. Les génocides au XXe. Siècle*. Paris, 1995.

⁵¹ Marc Ferro. *La Gran Guerra (1914-1918)*. Bs. As., 1985; Basil H. Liddell Hart. *La Prima Guerra Mondiale*. Milano, 1999.

⁵² V. Arthur Herman. *La idea de decadencia en la historia occidental*. Barcelona, 1998.

⁵³ Não faltou sua interpretação como resultado de decadência genética: Lothrop Stoddard. *The Revolt against Civilization. The Menace of the Under-man*. London, 1923.

⁵⁴ Registrava amplos antecedentes no culto ao herói, p. ex., Thomas Carlyle. *On heroes, hero-worship and the heroic in history*. N. Cork, 1931; trad. francesa: *Les héros le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*. Paris, 1914.

⁵⁵ A afirmação dogmática da tese de Lamarck por parte de Lyssenko como biólogo oficial do stalinismo, implicava que uma sociedade nova produziria caracteres adquiridos que se transmitiriam e geraria humanos diferentes e melhores. Sobre este dogma: Jean Rostand. *La herencia humana*. Bs. As., 1961, p. 52-53.

Com efeito: os perigosos foram os *parasitas* para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas⁵⁶ e *inimigos* do estado para os fascistas⁵⁷, todos submetidos ao *sistema penal paralelo*, a tribunais inquisitórios/policiais. É verdade que, na realidade, foram muito mais cruéis os nazistas, porém isto não exclui outros nem impede a admissão que, no fundo, havia uma base ideológica comum no discurso penal, que era o *perigosismo médico/policia*l (racismo) proveniente do século XIX.

No plano real do poder repressivo, estes autoritarismos foram de forma genocida criando os sistemas penais *subterrâneos*⁵⁸ ou segmentos subterrâneos dentro dos sistemas penais, com desaparecimentos, torturas e execuções policiais, individuais e massivas, sem qualquer base legal. O holocausto não teve base legal nem sequer no nazismo como não foi o vergonhoso *Führerprinzip*⁵⁹. A eliminação dos prisioneiros polacos pelo stalinismo também não teve base legal⁶⁰. A famosa noite das *facas longas* não foi mais que um assassinato seletivo de dissidentes⁶¹.

As leis penais destes autoritarismos mostravam somente a face visível do sistema penal formal e algo do sistema penal paralelo, ainda que oculto funcionasse o subterrâneo, sem leis e sem limites. Entretanto se o poder punitivo não tinha limites, *para que mostrar a lei? A quem mostrar com a lei um poder limitado que se exercia ilimitadamente? A quem se dirigia a lei*

⁵⁶ V. Michael Burleigh / Wolfgang Ippenmann. *Lo Stato razziale, Germania 1933-1945*. Rizzoli, 1992; Francisco Muñoz Conde. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed. Valencia, 2003.

⁵⁷ Ainda que o racismo fascista tenha sido muito menos marcado que o nazista, nem por isso deixou de existir. Prova disso são publicações como: Paolo Orano. *Inchiesta sulla razza*. Roma, 1939; Julius Evola. *Il mito del sangue*, reed. 1978; uma visão de conjunto em: Giorgio Israel - Pietro Nastasi. *Scienza e razza nell'Italia fascista*. Il Mulino, 1998.

⁵⁸ Sobre este conceito, Lola Aniyar de Castro. *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, em "Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle". Cali, 1985, p. 301 e ss.

⁵⁹ Carl Schmitt. *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg, 1933.

⁶⁰ V. Victor Zaslavsky. *La memoria storica nella Russia postsovietica: il bisogno di dimenticare e lo sforzo di ricordare*, em AA.VV., "Storia, verità e giustizia, I crimini del XX secolo", a cura di Marcello Flores, Bruno Mondadori. Milano, 2001, p. 222 e ss. (226).

⁶¹ Sobre isso Ian Kershaw. *Hitler 1889-1936*. Madrid, 2000, p. 489 e ss.

sociologicamente falando? As leis eram redigidas por juristas e não podiam dirigir-se aos autócratas que as encomendavam através de seus escribas. Mas se eram dirigidas a eles não era para limitar seu poder onipotente, senão para agradar-lhes. Todas as leis de defesa e proteção do estado nazista⁶² dirigiam-se ao *Führer* para satisfazê-lo, todavia, também, dirigiam-se ao *público* para *propagar as bondades de um regime que fingia que com elas os defendia e protegia*⁶³. Basicamente, *essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autócratas, a quem seus escribas deviam agradar para não cair em desgraça, e ao público, ante ao qual deviam servir de propaganda*. Somente secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de inimigos que eram os estranhos ou *hostis*⁶⁴.

A principal característica dessas leis era sua frontalidade. Este traço foi descrito na arte cortesã por Julius Lange e Adolf Erman, destacando que a figura humana ou a linguagem, bem como qualquer manifestação está dirigida a um observador, a que deve agradar, em atitude respeitosa e servil. É a mesma frontalidade do teatro cortesão, que nunca volta a espada na direção do observador, que sempre recorda-o de que se trata de uma ficção e que o espetáculo está dirigido a ele e não a outro⁶⁵. A frontalidade desapareceu somente com o relativismo sofista e seu pluralismo de perspectiva⁶⁶.

O frontalismo das leis penais dos autoritarismos de entre guerras inseria-se em todo um cenário altamente frontalista do qual formava parte a

⁶² V. estas altissonantes designações e as leis em: Dalcke. *Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*. Berlin, 1938.

⁶³ Não se pode negar que também, em última instância, serviam para uma repartição de funções internas do poder, para evitar em alguma medida o caos que em todo regime autoritário provocam as lutas competitivas entre suas hiercas e corporações.

⁶⁴ Sobre o sinistro sentido da voz "extraños" (*Fremde*) pela legislação nazi, Francisco Muñoz Conde. *op. cit.*, p. 170 e ss.; também Buleigh / Wippermann, especialmente capítulo VI.

⁶⁵ Cf. Arnold Hauser. *Historia social de la literatura y el arte*. Madrid, 1971, I, p. 64 e ss.

⁶⁶ Idem, p. 129. Foi sustentado com razão que o frontalismo, claramente manifesta-se na arte egípcia antiga, é característica das autocracias, comum com o repúdio a nudez, somente tolerada como mostra do *homem são e superior* nos músculos colossais de mármore comuns a todas elas, idôneos para sublimar as tendências homófilas que se querem controlar (cf. Heinz-Dieter Schilling (herausg.). *Schwule und Faschismus*. Berlin, 1983). O ocultamento da nudez e da morte é o ocultamento da igualdade (Arnold Hauser, *op. cit.*, p. 101, com citação de Julius Lange), ainda que não somente dela, claro está.

arquitetura monumental, com imponentes fachadas neoclássicas, estátuas colossais, imensas paradas, e desfiles uniformizados⁶⁷, com adornos vistosos, condecorações, cerimônias particularmente ostentosas, suas generalizadas atitudes histriônicas, etc. O frontalismo é característica de toda manifestação de um regime autocrático que não somente das artísticas, o que faz também com que suas leis sejam frontalistas.

Se bem essas leis dirigiam-se ao autócrata e também ao público, nem por isso eram bifrontes; tinham uma única frente: ao autócrata lhe agradava o que lhe servia como propaganda, especialmente em uma época em que se adquiria clara consciência do formidável poder da propaganda⁶⁸. Isto não significa que essas leis por dirigirem-se ao público, fossem democráticas, posto que respondiam ao que desde então se chama *völkisch*, que não se deve confundir com o *democrático* e nem com *popular* ou *populista*.

A rigor, o novo a seu respeito é a denominação *völkisch*, mas não o fenômeno em si que é uma técnica que acompanha toda a fabricação de um inimigo há muitos séculos⁶⁹: consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo de turno. Ao analisar o nazismo chamou-se atenção sobre esta técnica ao qual foi batizado especialmente porque está intimamente vinculada ao discurso que privilegia no teórico a pretendida *democracia plebiscitária*, teorizada por Carl Schmitt, associada com seu conceito do político baseado na distinção de *amigo/inimigo*⁷⁰ que o explicita nesse período. Schmitt desnudou como ninguém a natureza do poder assinalando-lhe como essência a *potestade* de identificação e exclusão do inimigo, do estranho, do *hostis*. Partindo - com Hobbes - de que o estado é o único que pode garantir a paz, deduz-se que

⁶⁷ Ver as impressionantes ilustrações de: *Deutschland erwacht. Werden, Kampf und Sieg der NSDAP*, com textos de Wilfrid Bade e seleção de fotos de Heinrich Hoffmann. Berlin, 1933.

⁶⁸ V. a representação significativa de Anthony Rhodes. *Propaganda. The Art of Persuasion: World War II*. Pennsylvania, 1993.

⁶⁹ O próprio Hitler a havia aprendido de Karl Lueger, o síndico anti-semita de Viena a quem havia escutado em sua juventude, cf. Joachim C. Fest. *Hitler, II Führer e il nazismo*. Rizzoli, 1991, p. 46.

⁷⁰ Carl Schmitt. *El concepto de lo político*. México, 1985.

para isso necessita identificar o inimigo e excluí-lo, sem que possa admitir-se nenhum terceiro capaz de decidir o conflito⁷¹.

A filiação hobbesiana desta racionalização é clara⁷² e, ainda que um pouco mais distante não pode ser omitida a referência a Hegel, que excluía das relações jurídicas - e em consequência da pena com limite retributivo - àqueles que não haviam alcançado o momento do espírito subjetivo ou auto-consciência. Sustentar que somente podem-se vincular com relevância jurídica os que formam parte da comunidade jurídica, os que compartilham certos valores, importa em excluir aos estranhos e submetê-los a medidas policiais⁷³. Daí a considerar a alguns ou a todos eles como inimigos, somente resta um passo.

De qualquer maneira por muito que haja logrado neste momento seu mais alto grau de sinceridade, este foi um mero nível discursivo, ou seja, de uma racionalização para justificar um regime que exercia um poder repressivo ilimitado, habilitado por leis aberrantes ou diretamente sem nenhuma habilitação legal, porém que *com citação ou sem citação de Schmitt e com maior ou menor elaboração sempre foi usado para legitimar o poder punitivo ilimitado em qualquer emergência, apelando a alucinação de uma guerra.*

Se bem *toda identificação do inimigo se baseia em um mito*⁷⁴, a frontalidade dos autoritarismos de entre guerras faziam-no de modo grosseiro. Ainda que alguns intelectuais tenham pretendido buscar outras racionalizações, o certo é que sempre triunfaram as mais grosseiras. O nazismo preferiu as fábulas de Rosenberg⁷⁵ às elaborações de Schmitt ou de Heidegger, tanto que

⁷¹ Sobre isso, Julio Pinto. *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*. La Plata, 2000, p. 99 e ss.

⁷² Era o filósofo político mais admirado por Carl Schmitt (*El Leviatan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México, 1997).

⁷³ V. Hegel. *Filosofía del Derecho*, trad. de Juan Garzón Bates. México, 1985, p. 35.

⁷⁴ Esta verificação põe em crise o conceito de *guerra religiosa*, pois levaria a considerar que todas as guerras são *religiosas*. Não acreditamos que esta conclusão seja correta, senão que melhor demonstraria que não há verdadeiras *guerras religiosas*, dado que todas as guerras são míticas, ou melhor, *todas as guerras são idolátricas*.

⁷⁵ Alfred Rosenberg. *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*. Buenos Aires, 1976. Não fazia mais que reciclar a Houston

no fascismo pareciam conviver discursos diferentes e não molestavam seus díspares níveis de elaboração⁷⁶ e o stalinismo eliminava diretamente aos que podiam tornar-se incômodos. Os mitos mais grosseiros impõem-se porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de racionalidade e brutalidade repressivo e o nível de elaboração do discurso que trata de legitimá-la⁷⁷ e, também, porque se adequam melhor as demandas publicitárias.

Não obstante, cabe insistir na presença destes mitos, alguns muito velhos como os - raciais e o de sangue⁷⁸ -, outros mais nacionalistas, produtos de tradições idealistas e da necessidade de reforçar estados unificados recentemente⁷⁹. Os mitos antigos, em parte, combinaram-se com o velho racismo Spenceriano e, para dizer a verdade, se bem eram aberrantes não se pode negar - como tampouco ao velho racismo - sua inventiva colorida, nem sua criatividade depravada, o que cabe denominar *o brilhantismo de sua perversão*.

4. O século XX na periferia do poder planetário

Enquanto o poder punitivo ou repressor era o instrumento verticalizador das sociedades colonialistas e neocolonialistas, nas colonizadas foi empregado para convertê-las em *imensos campos de concentração* para os nativos (dado que todos eram considerados inferiores biológicos). A desavergonhada máxima hitleriana escrita sobre as portas dos campos de concentração era uma síntese das premissas colonialistas: os colonizados deviam trabalhar e submeter-se

Stewart Chamberlain (*Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*. Manchen, 1906) e a Arthur de Gobineau (*Essai sur l'inégalité des races humaines*. Paris, 1967; trad. it.: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*. Rizzoli, 1997).

⁷⁶ V. Emilio Gentile. *Le origine dell'ideologia fascista (1918-1925)*. Bologna, 1996; sobre Giovanni Gentile, a partir de diferentes perspectivas, Sergio Romano, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*. Milano, 1990; Ugo Spirito. *Giovanni Gentile*. Firenze, 1999.

⁷⁷ Nesse sentido Georg Lukacs. *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. México, 1983, p. 7.

⁷⁸ V. Léon Poliakov. *Il mito ariano. Saggio sulle origine del nazismo e dei nazionalismi*. Roma, 1999.

⁷⁹ Sobre os penalistas hegelianos alemães e italianos, n. trabalho *Tratado de Derecho Penal*. Bs. As., 1987, II, p. 171-177.

para aprender a serem livres⁸⁰. Como os mestiços eram menos domesticáveis que os nativos puros⁸¹, desestimulou-se a mestiçagem (*apartheid*) e consideraram-se *desequilibrados* (degenerados morais) aos mestiços existentes⁸². O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando lombrosianamente⁸³ às crianças e aos selvagens) e aos mestiços como *loucos morais* em potencial⁸⁴. Desse modo racionalizava sua exclusão e convertia aos mais rebeldes em inimigos (*selvagens*, inimigos da *civilização*, do *progresso*, etc.).

O exercício do poder repressivo nos países colonizados prolongou-se muitas décadas depois da independência, ao amparo de repúblicas oligárquicas que mantiveram as maiorias em condições análogas à escravatura⁸⁵. Justiça exercida por terratenentes, penas de morte privadas, assassinatos de dissidentes, repressões massivas, recrutamento forçado de mestiços para os exércitos, polícias de ocupação, arbitrariedades e torturas, degolagens, prisionizações sem processo, estados de exceção permanentes e fenômenos de incrível corrupção, foram correntes nestes imensos campos de concentração⁸⁶.

Enquanto o poder punitivo na América Latina exercia-se deste modo, desde a segunda metade do século XIX os legisladores das oligarquias locais - grupos proconsulares vinculados a interesses centrais - sancionaram constituições e códigos penais, inicialmente liberais e posteriormente

⁸⁰ Tal era o sentido geral da ordem oligárquica latino-americana. Ilustrativa a respeito é a investigação de Leopoldo Zea. *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*. México, 1984.

⁸¹ Hegel. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid, 1980, p. 171.

⁸² Assim, por exemplo, Carlos Octavio Bunge. *Nuestra América. Ensayo de psicología social*. Bs. As., 1903.

⁸³ E em certo sentido também freudianamente: Rudiger Herren. *Freud und die Kriminologie, Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*. Stuttgart, 1973.

⁸⁴ Por exemplo, Raimundo Nina Rodrigues. *Os africanos no Brasil, Revisão e prefácio de Homero Pires*. São Paulo, 1932; sua inspiração era Dr. A. Corre. *Le crime en pays créoles (Esquisse d'ethnographie criminelle)*. Paris, 1889.

⁸⁵ V. David Viñas. *Indios, ejército y frontera*. México, 1982.

⁸⁶ V. por exemplo José C. Valadés. *El Porfirismo, Historia de un régimen*. México: UNAM, 1987.

perigosistas, copiadas as primeiras dos Estados Unidos⁸⁷ e os últimos da Europa continental⁸⁸.

5. As emergências legitimantes das últimas décadas do século.

Com a guerra civil mais sangrenta do século XX latino-americano - a Revolução Mexicana⁸⁹ - começou a queda das repúblicas oligárquicas. O poder punitivo transformou-se segundo o ritmo das ditaduras de velho estilo⁹⁰ e dos processos políticos conhecidos como *populismos*, que - em geral - usaram-no de modo mais prudente, embora quase sempre com o signo do paternalismo policial. Os discursos jurídico-penais abandonaram o positivismo puro e se matizaram como teorias alemãs importadas, sucessivamente, como técnicas, com total prescindência de seu marco político e social originário⁹¹. A legislação sofreu a influência dos códigos europeus da segunda geração⁹², como o *Codice Rocco*.

Os *populismos* foram protecionistas e nacionalistas, carentes de simpatia às administrações norte-americanas que, mediante golpes de estado

⁸⁷ V. o direito constitucional comparado desse tempo: F. R. Daresté. *Les constitutions modernes*. Paris, 1891; o modelo norte-americano foi seguido tão de perto que se traduziram seus comentadores: José Store. *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*. Buenos Aires, 1863.

⁸⁸ Sobre isso, v. n. trabalho, *Introducción a la codificación penal latinoamericana*, em Universidad de Salamanca, "Los Códigos Penales Iberoamericanos". Bogotá, 1994. Essas fontes eram bastante incompatíveis, pois as constituições prescreviam o controle judicial de constitucionalidade anglo-saxão, tanto que os códigos eram provenientes da tradição administrativista continental que confiava todo o poder ao aparelho burocrático do estado (Michel Fromont. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris, 1996; Louis Favores. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, 1994), desconhecendo por completo esse controle, conforme o modelo prussiano e napoleônico, todavia tampouco importavam as contradições acadêmicas, políticas e publicitárias porque nos fatos o exercício do poder punitivo não deixava de ser o *instrumento de disciplinamento interno de um campo de concentração*, com limites somente na medida em que podia alcançar a alguns administradores ou a suas famílias ou auxiliares.

⁸⁹ V. Alan Knight. *La Revolución Mexicana*. México, 1996.

⁹⁰ Perfeitamente retratadas pela literatura em obras como *Tirano Banderas*, de Ramón del Valle Inclán; *El Señor Presidente*, de Miguel Ángel Asturias; ou *El otoño del patriarca*, de Gabriel García Márquez.

⁹¹ Sobre isto, n. trabalho *Política y dogmática jurídico penal*, em "Direito e democracia", vol. 3 n° 2. Canoas (RS): Universidade Luterana do Brasil, 2002.

⁹² V. n. trabalho, *Introducción*, cit.

promoveram retrocessos nos incipientes estados de bem-estar social impulsionados por eles, e que em alguns países tinham alcançado níveis interessantes de desenvolvimento na metade do século. Estas regressões geraram resistências e também alguns movimentos minoritários armados de inspiração marxista. Com o pretexto brindado por aqueles movimentos, os Estados Unidos apoiaram regimes militares que praticaram o terrorismo de estado com inusitada crueldade, em especial no Cone Sul. Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição do inimigo não se deteve nos integrantes dos minoritários grupos armados senão que, em alguns casos, extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais.

Para isso, exerceram um formidável poder punitivo ilimitado⁹³. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constitucionais⁹⁴, impuseram milhares de penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. Mas seu caráter diferenciado foi a montagem de um sistema penal subterrâneo sem precedentes quanto a sua crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a solução final é inegável. Por meio desse aparelho cometeram milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, tormentos, seqüestros, crimes sexuais, violações de domicílio, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões, alterações de estado civil, etc., sem nenhuma base normativa, ainda dentro de sua própria ordem de *facto*.

Pretendeu-se legitimar estas atrocidades mediante a chamada doutrina da segurança nacional, inspirada nos golpistas franceses de Argélia⁹⁵ e difundida aos oficiais das forças armadas de toda a região, a partir da Escola

⁹³ V. APDH, *La desaparición, Crimen contra la humanidad*. Bs. As., 1987; Maria Luisa Bartolomei. *Gross and Messive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983*. Lund, 1994.

⁹⁴ V. International Commission of Jurists, *States of Emergency, Their Impact on Human Rights*, 1983.

⁹⁵ Equipe SELADOC. *Iglesia y seguridad nacional*. Salamanca, 1980; Joseph Comblin. *Le pouvoir militaire en Amerique Latine*. Paris, 1977 (tradução: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*. Santiago de Chile, 1979).

das Américas, que os Estados Unidos sustentaram no Panamá. Ainda que não tivessem faltado trabalhos um pouco mais elaborados⁹⁶, expunham-se em manuais simples que partiam de uma premissa comum com o trotskismo: a alucinação de uma guerra permanente entre a União Soviética e ocidente, em que cada golpe em zona de influência alheia seria uma batalha⁹⁷. Era alucinada como uma guerra suja, que por não respeitar as regras da guerra convencional, obrigaria a violar os direitos humanos e o direito humanitário⁹⁸. Apesar desta atrocidade real, o discurso jurídico-penal continuou sendo alimentado pelas teorias alemãs, sem que fosse teorizado um direito penal de segurança nacional, salvo alguma isolada exceção⁹⁹.

A administração norte-americana, também, pressionou estas ditaduras para que declarassem *guerra à droga*, em uma primeira versão vinculada estreitamente com a segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava **maconha** era um subversivo, etc. À medida que se acercava a queda do muro de *Berlim*, necessitava-se de um novo inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos altos. Para isso se reforçou a guerra contra a droga.

Nos anos oitenta do século passado, toda a região sancionou *leis anti-droga*, muito parecidas, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que tinha sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis violaram o princípio de legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana; assimilaram participação e autoria, também,

⁹⁶ São clássicos: Gobery do Couto e Silva. *Planejamento estratégico*, Brasília, 1981; Augusto Pinochet Ugarte. *Geopolítica*. Santiago de Chile, 1984.

⁹⁷ Era evidente que isto não passava de um discurso: a ditadura argentina não ocultou seus vínculos comerciais com a União Soviética, principal comprador de grãos nesses anos e potência que bloqueou as denúncias em foros internacionais.

⁹⁸ Em agudo sentido crítico se pronunciaram os bispos no chamado “Documento de Puebla”. Bs. As., 1979, p. 67 (parágrafo 49). Uma crítica documentada em: Hernán Montealegre. *La seguridad del Estado y los derechos humanos*. Santiago de Chile, 1979.

⁹⁹ Existiram poucos discursos jurídicos: Mário Pessoa. *O direito da Segurança Nacional*. Rio de Janeiro, 1971; Carlos Horacio Domínguez. *La nueva guerra y el nuevo derecho, Ensayo para una estrategia jurídica anti-subversiva*. Bs. As, 1980; Fernando Bayardo Bengoa. *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*. Montevideo, 1979.

tentativa, preparação e consumação; desconhecera o princípio de ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, etc.

No plano processual criaram-se tribunais especiais, introduziram-se elementos inquisitórios como o prêmio ao delator, a habilitação do espião, do agente provocador, as testemunhas anônimas, dos juizes e promotores anônimos, etc.¹⁰⁰. Foi estabelecida uma aberrante legislação penal autoritária, que poucos se animaram a denunciar, sob ameaça de serem imputados como partícipes ou encobridores do narcotráfico, ou serem prisionizados, ao melhor estilo da inquisição, o que sucedeu, inclusive, com os magistrados.

Ao tempo em que as prisões ficaram lotadas com consumidores de tóxicos (que se supõe que são as vítimas) e com mulheres transportadoras (mulas), criaram-se economias complementares; a corrupção dos sistemas penais foi formidável - ainda das forças armadas incorporadas às funções policiais. O volume do comércio para os Estados Unidos cresceu de forma inacreditável e o preço do serviço de distribuição interna desse país manteve-se alto, logrando inserir no dinheiro circulante algo assim como quinhentos bilhões de dólares anuais, o que dá a idéia da recessão que provocaria seu abrupto descenso. Mas o certo é que a droga não teve entidade para ocupar o lugar que deixou vazio a queda do muro de Berlim.

6. Os albores do século XXI: Onde está o inimigo?

O capital mudou sua natureza com a globalização¹⁰¹. Seus interesses especulativos predominantes estão garantidos por um complexo sistema de

¹⁰⁰ Com maior detalhe, n. trabalho, *La legislación antidroga latinoamericana: Sus componentes de derecho penal autoritario*, em "Derecho Penal, Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera". Lima, 1991, p. 715 e ss.

¹⁰¹ Entre outros: Octavio Ianni. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro, 1997; Hans-Peter Martin / Harald Schumann. *A armadilha da globalização, O assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo, 1998; Richard Falk. *La globalización depredadora, Una crítica*. Madrid, 2002; Celso Furtado. *O capitalismo global*. Rio de Janeiro, 1998; Ulrich Beck. *Che cosa è la globalizzazione, Rischi e prospettive della società planetaria*. Roma, 1999; Zygmunt Bauman. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro, 1999; Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Madrid, 2002; Heinz Dieterich. *Identidad nacional y globalización*. México D.F., 2000; Eric J. Hobsbawm. *Intervista sul nuovo secolo a cura di Antonio Polito*. Laterza, 2000; Bruno Amoroso. *L'apartheid globale. Globalizzazione. Marginalizzazione economica*.

organismos internacionais, mas são sustentados, principalmente, pela administração republicana dos Estados Unidos, potência que passou ao primeiro plano desde a primeira guerra mundial. A Europa foi arrasada pela guerra e os republicanos, que sucederam ao idealista presidente Wilson, abandonaram-na à própria sorte. A afluência de capital aos Estados Unidos provocou também a de imigrantes, selecionados conforme critérios racistas¹⁰². A proibição alcoólica originou fortes organizações de criminalidade de mercado, nos anos vinte¹⁰³. A terrível crise de 1929 deu lugar ao *New Deal*; os fatos posteriores acentuaram o poder dos Estados Unidos no mundo, sem carecer de componente mítico. O abrupto final da chamada guerra fria deixou-o como potência hegemônica inquestionável.

O sistema penal norte-americano tinha sido interessante em relação às penas não privativas de liberdade¹⁰⁴; os níveis da prisionização mantinham-se estáveis desde o século XIX¹⁰⁵; e a odiosa presença da pena de morte parecia chegar a seu fim quando em 1972 a Corte Suprema declarou sua inconstitucionalidade¹⁰⁶. Mas esta situação se modificou desde fins da década de setenta, quando o índice de prisionização começou a subir em forma exponencial e o sistema penal sobredimensionou-se¹⁰⁷, mantendo

Destabilizzazione politica. Roma, 1999. V. n. trabalho, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, em “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, reproduzido em “Direito e Cidadania”, ano 3, nº 8. República de Cabo Verde: Praia, novembro de 1999 / fevereiro de 2000.

¹⁰² Estes critérios mereceram a entusiasta admiração de Adolf Hitler. *Mi lucha*. Sgo. De Chile, 1939: p. 126. Pretenderam ser renovados na última década do século: sobre isso, John Sedgwinck. *Inside the Pioneer Fund*; Adam Millar. *Professors of Hate*, os dois em “The Bell Curve Debate”. Editado Russell Jacoby e Noemí Glauberman. Times Books, 1995, p. 144 e 162.

¹⁰³ Hill Severn. *The End of the Roaring Twenties, Prohibition and Repeal*. N. York, 1969.

¹⁰⁴ Sempre despertaram interesse comparatista: por ex., *La Probatio (Régime de la mise á l'épreuve) et les lemusres analogues*. Melón: Imprenta Administrativa, 1953. É evidente sua influência na penologia europeia posterior: HEUNI, Norman Bishop. *Non-custodial alternatives in Europe*. Helsinski, 1988; Anton M van Kalmthout / Peter J. P. Tak. *Sanctions-Systems in the member-States of the Council of Europe*, 1988.

¹⁰⁵ V. Nils Christie. *Crime control as industry. Towards Gulags, western style*, 1993, p. 93.

¹⁰⁶ Furman v. Georgia, em AA.VV. *The death penalty in America, Current controversies*, editado por Hugo Adam Bedau. New York, 1997, p. 189; Barbero Santos. *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*. Buenos Aires, 1985, p. 179 e ss.

¹⁰⁷ Idem.

prisionizados e controlados (em *parole* e em *probation*) a milhões de pessoas, ao tempo que proporcionava emprego a outros milhões. No marco de uma economia que amplia a área de serviços, o sistema penal converteu-se no fator de redução do índice de desemprego.

A altíssima seletividade do controle repressivo nos Estados Unidos foi negada pelos juízes¹⁰⁸. Foi restabelecida a pena de morte por via da relegitimação dos juizes republicanos incorporados à Corte Suprema pelos presidentes desse partido. Assim os Estados Unidos, tem sido o único país da América e Europa que a aplica profusamente¹⁰⁹, mesmo sendo condenado pela OEA em razão da execução de menores.

Além disso, foi estabelecida legislação penal que impõe prisão perpétua a quem cometeu três ou mais crimes, restabelecendo, assim, a *relegação* definitiva dos *indesejáveis* ou *inimigos*, com violação do princípio de racionalidade.

No plano processual, o juízo foi convertido em extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para as pessoas de escassos recursos. A *bargaining* é pouco menos que uma extorsão contra as minorias e os segmentos de poucos recursos. Por essa via, o processo penal acusatório converteu-se em uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (o ministério público).

Diferentemente do capital produtivo, o capital globalizado não é conduzido por empresários senão por administradores de conglomerados, que são tecnocratas que devem obter a maior renda no menor tempo, para evitar que seus investidores procurem outro mais eficaz. Assim, é como estas personagens vão vencendo escrúpulos, até que sua atividade entra, com freqüência, em uma zona onde é pouco diferenciável da delinqüência econômica.

¹⁰⁸ McCleskey v. Kemp. *The death penalty in America*, cit., p. 254.

¹⁰⁹ Idem, p. 10; José Sáez Capel. *Pena de muerte, Cuando el Estado asesina*. Bs. As., 1999.

Ante este fenômeno, foi proposta uma legislação inquisitória, com elementos provenientes da idade média (espiões, delatores, procedimentos secretos, etc.), aplicável a um nebuloso conjunto de infrações, designadas como crime organizado, que motivaram um número inacreditável de instrumentos internacionais¹¹⁰.

O crime organizado é um *pseudoconceito*, inventado pelo jornalismo, sobre o qual a criminologia nunca logrou um acordo. Foi adotado legislativamente para abranger hipóteses heterogêneas que não se podem pretender enfrentar, seriamente, com as mesmas medidas. Em suma, equivale à *criminalidade de mercado*, o que basta para mostrar a enormidade do universo abarcado¹¹¹.

A verificação de que a maior parte destas atividades requerem o complemento da corrupção pública desatou paralelas campanhas de caça as bruxas, que - não por casualidade - nunca acharam os responsáveis pelo esvaziamento dos países¹¹², mas motivaram uma enorme burocracia nacional e internacional que chegou com sua moralidade ao absurdo de pretender um *impeachment* contra um presidente por ter realizado um ato sexual extramatrimonial.

Tanto o *crime organizado* quanto a corrupção¹¹³ têm sido funcionais para habilitar o poder punitivo e, também, a intromissão do estado em qualquer atividade econômica, seja por ser desagradável à equipe de plantão ou útil para eliminar ou difamar concorrentes, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções.

¹¹⁰ V. M. Cherif Bassiouni – Eduardo Vetere. *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*. N. York, 1998.

¹¹¹ V n. trabalho, *El crimen organizado, Una categoría frustrada*, em Hom. A Ricardo C. Núñez. Córdoba, 1995.

¹¹² V. como exemplo, os trabalhos em José Octavio López Presa (Coord.). *Corrupción y cambio*. México, 1998.

¹¹³ É inquestionável que a corrupção deve ser combatida, mas o certo é que pretender fazê-lo com o sistema penal, que é uma das áreas mais vulneráveis a ela é absurdo, quando todos sabem que a corrupção surge no espaço de poder arbitrário, e a única forma eficaz de preveni-la é ficando esses espaços delineados mediante uma melhor e constantemente renovada engenharia institucional.

Por outra parte, os Estados Unidos não dão conta ante os tribunais internacionais, pois não ratificaram tratados que possam comprometê-los. O país do *multilateralismo* de Wilson, hoje é campeão do *unilateralismo*, e sua política isoladora é semelhante à dos autoritarismos que provocaram o colapso da Liga das Nações. No sistema penal, o país que difundiu as garantias processuais pratica hoje o inquisitório mais descarnado.

Neste contexto o novo papel de potência mais poderosa do planeta precisou reforçar seu verticalismo interno. O discurso penal republicano desde 1980 é simplista: afirma que os delinqüentes não merecem garantias; alucina uma guerra à criminalidade que, obviamente, também é suja; afirma que os delinqüentes violam direitos humanos. Assim, os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; alguns governadores procuram suas reeleições rodeados de fotografias dos executados aos quais não lhes comutaram a pena de morte. Um candidato a presidente fechou sua campanha exibindo a placa de um policial morto. Um prefeito investiu grandes somas para melhorar o serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial e atuou em tempo de pleno emprego; mas atribui seu êxito à *tolerância zero*¹¹⁴ explicando simplicidades a executivos latino-americanos que lhe pagam milhões.

No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal achou um inimigo de certa entidade. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu legitimar como *preventiva* a guerra contra o Iraque. Como nunca antes, se descarna a identidade do poder bélico com o punitivo em desesperada busca do inimigo.

Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deterioração cultural em sua sociedade e, no plano político, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se por seu desespero para conseguir um inimigo que enche o vazio que deixou a implosão soviética. A multiplicidade de candidatos, a insuficiência da droga e a excessiva

¹¹⁴ Sobre ela, Charles Pollard. *Tolerancia cero ¿Y mañana qué?*, em "Milenio", ano 2, n° 3, Univ. de Gral. San Martín, 1999, p.17 e ss.

abstração do crime organizado incapacita-no para individualizar inimigos críveis fora o delinqüente de rua. A carência de preconceitos prévios sobre os quais seja permitido fabricar um novo inimigo¹¹⁵ só pode ser compensada com um fato aterrador e, por isso, foi funcional o atentado de 2001 para individualizar um inimigo crível. Embora este inimigo seja perigoso, não legitima a repressão sobre os dissidentes internos - não substitui aos delinqüentes comuns -, mas não se pode passar por alto que na proliferação de candidatos a inimigo joga a concorrência entre as agências executivas, que disputam orçamentos siderais.

7. O autoritarismo penal *cool*/ latino-americano

Como a comunicação social é o que mais foi globalizado, o discurso do autoritarismo norte-americano é o mais difundido do mundo. Seu simplismo imita-se em todo o planeta por comunicadores ávidos de *rating*, ainda que na América Latina seja onde tem maior êxito, dada sua precariedade institucional. Sua difusão mundial é favorecida pela brevidade e o impacto afetivo do discurso vindicativo, que resultam à medida da televisão, dado seu alto custo e o fato de que o espectador não costuma estar muito disposto a pensar.

Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização o principal problema é a exclusão social, que não costuma ser controlada por repressão direta. Em geral é neutralizada aprofundando as contradições internas. A mensagem vindicativa é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados e os policizados recrutam-se desse segmento, exibindo uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre eles e sua capacidade de coalizão e protagonismo.

Nestas mesmas sociedades a polarização da riqueza, provocada pela economia globalizada, deteriorou gravemente as classes médias, volvendo-as

¹¹⁵ Em seu momento, as bruxas assentaram-se sobre um longo preconceito de crenças européias a seu respeito, cf. Norman Cohn. *Los demonios familiares de Europa*, cit. Na atualidade existem muitos preconceitos, mas não está permitido edificar inimigos sobre eles. É inegável que há setores sociais que conservam preconceitos anti-semitas, contra os negros, contra os latinos, etc., mas não está permitido usá-los para criar inimigos.

anômicas¹¹⁶. Por isso reclamam normas, mas sem saber que normas. São anômicos, clamam por normas e, em seu desconcerto, acabam colocando-se detrás do discurso autoritário simplista do modelo norte-americano, que vêm com o prestígio de uma sociedade que invejam e admiram, que será o que permitirá um maior controle sobre estas mesmas classes médias, que podem converter-se provedoras de dissidentes.

Dado que a mensagem é facilmente propagada, que se facilita desde o exterior, que é rentável para os empresários da comunicação social, que é funcional para o controle dos excluídos, que tem êxito entre eles mesmos, e que satisfaz às classes médias em decadência, não é raro que os políticos se apoderem dele e até o disputem. Como o político que pretenda confrontar com este discurso será desqualificado e marginado de seu próprio partido, caso não o assuma, por cálculo eleitoral, o fará por temor; desse modo, impõe-se o discurso único do novo autoritarismo.

A pobreza de meios para a instrução de processos, leva a que as polícias dependentes do poder executivo sejam as verdadeiras autoridades da pesquisa. A deterioração policial e a corrupção fomentada pelos políticos que habilitam crescentes espaços de arrecadação ilícita degradam a eficácia do serviço de segurança, o que provoca, no marco social em que o desemprego e a anomia que gera a exclusão aumentam a frequência dos erros das condutas violentas, uma verdadeira combinação letal: ficam degradadas as prevenções primária e, também, secundária.

O discurso do autoritarismo norte-americano é análogo ao que se instala no resto da América, mas sua funcionalidade é tão diferente quanto a realidade do poder repressivo. Os Estados Unidos fazem deste uma empresa que ocupa a milhões de pessoas, trasladando recursos da assistência social ao sistema penal e, com isso, resolvendo o problema de desemprego; na América Latina, o sistema penal, longe de proporcionar empregos serve para controlar os

¹¹⁶ Tanto no sentido de Emile Durkheim (*Le suicide*. Paris, 1897), pois não lhe servem as normas anteriores de acesso à riqueza, como no de Robert Merton (*Teoría y estructura sociales*. México, 1984), porque carecem socialmente de vias legítimas para esse mesmo acesso.

excluídos do emprego; resulta brutalmente violento; e as polícias, *autonomizadas e em dissolução*, põem sítio aos poderes políticos¹¹⁷.

O discurso *cool* se insere nesta região em sistemas penais invertidos, com cárceres superpovoados de presos sem condenação¹¹⁸, onde mais de sessenta por cento da população penal cumpre prisão preventiva e, na maioria dos casos, esgota nesta situação sua pena, caso seja imposta¹¹⁹. O aumento das escalas penais é, em grande medida, uma utopia; e a verdadeira sentença condenatória é o decreto de prisão preventiva: a sentença definitiva opera como revisão.

Além disso, a *América Latina está ficando sem agentes policiais, situação que destroça um elementar suporte estatal da sociedade civil*. A autonomização, a proibição de sindicalização, a militarização, e os maiores âmbitos de arbitrariedade, não fazem mais que destruir as instituições policiais por via da corrupção. Formam-se caixas de arrecadação ilícita que ficam perdidas nas cúpulas das estruturas verticalizadas, que possuem uma eficácia preventiva que opera em relação inversa a sua falta de escrúpulos. Os piores custos são pagos pelos estamentos inferiores, com sua integridade física, riscos altíssimos, autoritarismo interno, desprestígio público, anomia profissional, carência de informação, salários degradados, falta de oportunidades para debater horizontalmente suas condições laborais e, finalmente, isolamento social.

O discurso autoritário latino-americano participa do simplismo norte-americano; carece de todo respaldo acadêmico, pois só se compõe de *slogans* ou propagandas. A irracionalidade é de tal magnitude que sua legitimação não pode provir nem sequer de grosserias míticas - como Rosenberg no nazismo - senão que se reduz a mensagens publicitárias, com o predomínio de imagens.

¹¹⁷ Sua corrupção se combina com a dos chefes locais dos partidos e proporciona financiamento para as eleições internas destes, manchando os poderes judiciais e debilitando por sua base à própria democracia política.

¹¹⁸ Cf. Carranza / Mora / Houed / Zaffaroni. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, 1983.

¹¹⁹ A situação regional neste aspeto não difere da que descrevia Concepción Arenal na Espanha há muito mais de um século: *Estudios Penitenciários*. Madrid, 1977.

Sua técnica responde a uma investigação do mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica que a promoção emocional de impulsos vindicativos tem êxito comercial se aperfeiçoa. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados da sua difusão. Os pretensos especialistas não dispõem de dados empíricos sérios, são *opinadores* livres que reiteram o discurso único¹²⁰.

Vende-se a ilusão de que sancionando leis que reprimam desmesuradamente aos poucos vulneráveis e marginados que se individualizam, e aumentando a arbitrariedade policial, ao legitimar, direta ou indiretamente, todo gênero de violências, inclusive contra quem objeta o discurso publicitário, obter-se-á maior segurança urbana contra o delito comum. Não só se magnifica a insegurança, senão que, ao proclamar a existência de uma pretendida impunidade ou lenidade geral, a meta-mensagem incita publicamente aos excluídos ao delito ("cometam crimes que não acontecerá nada").

Em última análise, trata-se do envio de mensagens que se tornam verdadeiras só porque tem êxito publicitário. Reforça-se como preconceito a convicção de que *um mundo que se desordena pode-se ordenar com disciplina imposta com repressão*. Não se sabe quem é o inimigo, pois estes sucedem-se sem somar-se; em lugar de defini-lo fotograficamente projetam-se cinematograficamente, como construções em serie dos meios de comunicação, especialmente da televisão. *O estado não os define, senão que suas autoridades se encontram sitiadas por sucessivas imposições dos discursos críticos. Não há outra corporação que pretenda construir inimigos diferentes e que para isso deva desarmar os mitos anteriores; pelo contrário, a mesma corporação produtora de inimigos os descarta e os substitui.*

¹²⁰ É interessante verificar a similitude da publicidade do sistema penal, como produto, da pasta de dentes ou dos analgésicos: nelas costuma-se apresentar pessoas que representam ou atuam como especialistas. Em alguns casos, são as vítimas, ou seus parentes, os que assumem esse papel nos meios, como se a justiça de um reclamo de solução dotasse milagrosamente dos conhecimentos técnicos para determinar as vias de solução.

A sucessão de inimigos aumenta a angústia; mas, ao mesmo tempo, reclama novos inimigos para acalmá-la, pois, ao não conseguir um bode expiatório adequado, a angústia se potencializa de forma circular.

Trata-se de um aparelho publicitário que se move sozinho, que tem cobrado autonomia e virado autista, que impõe uma propaganda puramente emocional, que proíbe denunciar, e que, ademais e fundamentalmente, só cabe caracterizá-lo com a expressão, que os mesmos meios difundem - e que marca entre os mais jovens o superficial e que está na moda -, que se usa de forma desatenta: é *cool*¹²¹. É assim, porque não é assumido como uma convicção profunda, senão como uma moda, a que é necessário somar-se, só para não passar por antiquado e deslocado.

Como o estado desapoderado dos países, que levam a pior parte na globalização, não pode resolver os problemas sociais sérios¹²², seus políticos optam por simular que os resolvem ou que sabem como fazê-lo; ficam convertidos em *manieristas afetados*; a política passa a ser um espetáculo e, assim, o estado se converte, também, em espetáculo¹²³. Os políticos - presos na natureza competitiva de sua atividade - deixam de procurar o melhor para se preocupar só pelo que se possa transmitir melhor e aumente seus clientes eleitorais.

Este autoritarismo publicitário *cool* tem um frontalismo grosseiro, mas como carece de inimigo fixo e também de mito, é descolorido. Não tem a cor de entre-guerras nem a inventiva do biologismo racista; seu *histrionismo* pareceria que é patético; sua pobreza criativa é formidável, é órfão de todo *brilhanismo perverso*, pareceria ter uma horrível e deprimente *opacidade perversa*. Não tem

¹²¹ As múltiplas acepções inglesas da expressão coincidem no significado de superficial, não excitante, tívio, carente de entusiasmo (*Webster's Encyclopedyc Unabridged Dictionary of the English Language*, N. York, 1989, p. 321). A tradução tradicional ao castelhano é "tívio", "indiferente" (*Appleton's new English-Spanish Dictionary*, N. York, 1916, p. 115).

¹²² Em alguns casos, porque sua soberbia o impede, em outros, porque as urgências da publicidade lhes exigem a produção de fatos sensacionais (o que os políticos costumam denominar "os tempos da política", diferentes de "os tempos da técnica") e finalmente, porque as limitações orçamentárias provenientes das condições que se lhe impõem internacional ou transnacionalmente aos países com dívidas, proíbem os investimentos adequados.

¹²³ É interessante como este fenômeno foi percebido prontamente por Roger-Gérard Schwardenberg. *O Estado espetáculo*. Rio de Janeiro, 1978.

monumentos neoclássicos, científicos, racionalizando, paradas ostentosas, senão que é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e faz promoção de greve do pensamento¹²⁴, porque ao menor sopro de pensamento se implodiria.

Em seu conjunto, este discurso autoritário *cool* da comunicação publicitária, que opera com total autonomia da realidade e de sua conflitividade mais séria; que se ocupa de algumas vinganças e deixa de lado a prevenção e outros ilícitos massivos; que ignora mais vítimas que aquelas que manipula e dramatiza para que sejam consideradas as únicas; como não tem mito, tampouco tem direção fixa. É uma guerra sem inimigos; onde o único inimigo que se apresenta ou reconhece é aquele que não pode deixar de ter nenhum autoritarismo: são, pois, os que confrontam seu discurso¹²⁵.

Por isso, poucos se animam a contradizê-lo; seu nível de autoritarismo é inacreditável: não se trata do estado autoritário que controla e censura os meios de comunicação, senão da comunicação - transformada em publicidade, em procura de *rating* - que, virando autista, impõe um discurso que está proibido contradizer, ainda ao próprio estado, porque o único inimigo fixo que ela tem é aquele que confronta sua publicidade e desprestigia seu produto (a repressão).

Impõe-se ao estado porque exige a alienação dos políticos que devem optar entre somar-se à publicidade da repressão e estar à moda (converter-se *cool*) ou ser substituídos pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o lado débil se eles se mostrassem *antiquados* e *impopulares*, ou seja, não *cool*.

Nesta conjuntura, os políticos optam por montar-se sobre o aparelho autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias, violentadoras dos

¹²⁴ “El siglo pasado conoció las primeras huelgas sistemáticas en las fábricas. El siglo próximo no se terminará sin una amenaza de huelga en la Noosfera” (Pierre Teilhard de Chardin. *El fenómeno humano*. Madrid, 1965, p. 277).

¹²⁵ A Questão Primeira do *Malleus Maleficarum*, ou seja, o primeiro lugar, ocupa-se de considerar aos hereges e condenar aos que negam ou põem em dúvida o poder do diabo e das bruxas, inclusive se o fazem por ignorância e esta é intencional (trad. italiana, p. 40).

princípios e garantias constitucionais; prever penas desproporcionadas ou que não podem cumprir-se porque excedem a vida humana; reiterar tipificações e agravantes em maranhas antojadiças; sancionar atos preparatórios; desarticular os códigos penais; sancionar leis penais por pressões estrangeiras; introduzir instituições inquisitórias; regular a prisão preventiva como pena; e, em definitiva, desconcertar os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*.

Esta legislação constitui o capítulo mais triste da atualidade latino-americana, em que os políticos intimidados pela ameaça de uma publicidade negativa provocam o maior caos legal autoritário - incompreensível e irracional - que teve lugar na história de nossas legislações penais desde a independência.

Este período será lembrado como o mais degradado da história penal; que sancionam leis caracterizadas por seu frontalismo, para propaganda e complacência de seus autócratas, porque os legisladores atuais atuam sós por temor à publicidade contrária; ou seja, suas condutas não estão orientadas por um autoritarismo ideológico, senão que são simplesmente *cool*, apresentando-se como um dos momentos mais decadentes, a partir de uma perspectiva institucional.

Quando os legisladores - políticos - latino-americanos estabelecem penas de sessenta ou mais anos em suas leis¹²⁶, são mais patéticos que os social-democratas de Weimar que suprimiam candidatos judeus em suas listas por temor de perder votos¹²⁷. O signo da legislação autoritária *cool* de nossos dias é a opacidade, a tristeza, a depressão, a mediocridade, a falta de criatividade, a superficialidade, a falta de respeito ao cidadão: *é simplesmente a decadência*. Não existe nela um frontalismo brilhante do autoritarismo ideológico, senão a opacidade frontal da ausência de idéias; é absolutamente *cool*.

¹²⁶ Sobre as aporias do tempo no direito penal, Ana Messuti. *El tiempo como pena*. Bs. As., 2001.

¹²⁷ Sobre as claudicações políticas em Weimar, Walter Laqueur. *La Repubblica di Weimar, 1918-1933: I mali oscuri della democrazia europea*. Milano, 1996.

Os juízes, por sua parte, também se encontram submetidos à pressão do autoritarismo publicitário *cool* dos meios massivos de comunicação. Toda sentença que confronte com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada; o magistrado, segundo as circunstâncias, pode encontrar-se em sérias dificuldades e, ainda, resultar processado ou condenado, como tem sucedido em vários países da região. Pouco importa o que dispunham as constituições e o direito internacional dos direitos humanos, se os juízes não podem aplicar suas disposições, sob pena de serem denunciados e perseguidos pela pressão dos meios de comunicação e pelos colegas e políticos que os aproveitam para eliminar um magistrado molesto, para fazer publicidade ou, simplesmente, para desprestigiar um possível concorrente em uma ascensão ou por brigas palacianas. A vulnerabilidade dos juízes ante o discurso *cool* é enorme.

8. As respostas do discurso jurídico ante o autoritarismo *cool*.

Ante o avance do autoritarismo *cool*, é natural que os juízes - desconcertados e ameaçados - dirijam seus olhares às universidades, é dizer, peçam auxílio à doutrina jurídico-penal. Pode afirmar-se que a doutrina penal latino-americana tem aptidão para a defesa das garantias constitucionais e internacionais, ou seja, o direito penal - entendido como jurídico-penal - por fortuna reage positivamente. Mas, como é sabido, nosso direito penal se nutre da doutrina europeia continental, principalmente alemã, seja para seguir seus passos ou para discutir com ela¹²⁸, e o certo é que alguns discursos dessa doutrina resultam preocupantes¹²⁹, especialmente por seus efeitos neste momento de autoritarismo penal *cool* de América Latina.

¹²⁸ V. n. trabalho *Política y dogmática jurídico penal*, cit.

¹²⁹ Busca a saída pela via de um “direito de intervenção” diferente do direito penal, Winfrid Hassemer. *Crisis y características del moderno derecho penal*, em “Actualidad Penal”, nº 43. Madrid, 1993; também Hassemer-Muñoz Conde. *Introducción a la criminología*. Valencia, 2001; é muito mais problemática a proposta de um direito penal “a duas velocidades” de Jesús-Maria Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999; sobre o chamado “direito penal simbólico” podem ser vistos os trabalhos publicados no nº 1 de “Pena y Estado”. Barcelona, 1991.

A análise detalhada destas teorias e a discussão de seus fundamentos seria matéria de outro trabalho, mas não podemos omitir a menção aqui da única que alcança um alto grau de sinceridade, ao postular abertamente a existência de um inimigo e legitimar sua identificação¹³⁰. A partir desta perspectiva se assume diretamente a necessidade de distinguir entre inimigos e cidadãos, para separar o tratamento destinado a uns e a outros. São inegáveis, neste aspecto, as raízes hegelianas, embora mais acentuadamente ainda as hobbesianas. O ponto de partida parece diametralmente oposto à originária concepção liberal alemã, representada no século XIX por Feuerbach¹³¹, que precisamente centrou sua crítica em Hobbes¹³².

De todas as teses europeias dos últimos anos, esta é a que se expressa com maior sinceridade, mas também com maiores riscos para nossa realidade regional, onde, historicamente, a definição dos inimigos foi brutal e as conseqüências genocidas. Além disso, sua raiz também hegeliana - como foi dito - importa uma classificação dos cidadãos, dando por certo a existência de incluídos e excluídos, o que não é menos alarmante, tendo em conta a difícil situação que atravessam nossas sociedades.

Em geral, as respostas que chegam da Europa parecem resignar-se - em diferente medida - a aceitar e assumir a procura do inimigo, e pretendem salvar as garantias do direito penal, pelo menos para uma parte deste. Acreditamos que estas iniciativas são particularmente perigosas, ante a brutal violência de nossos sistemas penais e o terrível papel que estão assumindo na região. Seria muito negativo que nossos juizes assumissem estas posições, que em breve acabariam em nosso contexto sem a prudente limitação com que imaginam-nas seus autores no marco europeu.

¹³⁰ V. Günther Jakobs-Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, 2003.

¹³¹ Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*. Göttingen, 1969; Mario A. Cattaneo. *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*. Milano, 1970; Eberhard Kipper. *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*. Darmstadt, 1969.

¹³² *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt uns das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*; trad. it. a cura di Mario A. Cattaneo. *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coativo dei cittadini contro il sovrano*. Milano, 1972.

Não acreditamos que, nesta hora, tenhamos outra solução a não ser sustentar, com maior firmeza, os princípios do direito penal liberal para opô-los ao direito penal *cool* de nossa margem. O caminho deve ser procurado pela via do fortalecimento da independência judicial, do respeito à magistratura e a suas decisões, da exigência de responsabilidade institucional a nossos políticos e - longe de qualquer censura - da ampliação da liberdade de expressão e de comunicação até poder confrontar publicamente pelos mesmos meios o atual discurso único do autoritarismo *cool*. É tempo de luta - que não deve confundir-se com a guerra -, e não se pode esquecer que o direito sempre procura uma paz por meio da luta contra a injustiça: *a luta é o meio, a paz é o fim*¹³³.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Departamento de Direito Penal e Criminologia

Faculdade de Direito

Universidade de Buenos Aires

30 de julho de 2004

¹³³ R. von Ihering. *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada e Biseca. Madrid, 1881, p. 3. Sobre este conceito v. os trabalhos recopilados por Agustín Squella. *Ihering y la lucha por el derecho*, "Revista de Ciencias Sociales". Valparaíso: Universidad de Chile, 1977.