

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

GIOVANNA DO COUTO SOARES CAVERSAN

UMA REFLEXÃO SOBRE A DOCTRINA PENAL NAZISTA

VITÓRIA
2023

GIOVANNA DO COUTO SOARES CAVERSAN

UMA REFLEXÃO SOBRE A DOUTRINA PENAL NAZISTA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi.

VITÓRIA
2023

GIOVANNA DO COUTO SOARES CAVERSAN

UMA REFLEXÃO DA DOUTRINA PENAL NAZISTA

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: __ de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof. Dr. Wilton Bisi Leonel.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente trabalho se propõe a introduzir os principais institutos que estruturaram o Direito Penal da Alemanha Nazista, entre 1933 a 1945. A fim de alcançar o objetivo almejado, esta pesquisa foi organizada em três capítulos, que abarcam desde a apresentação dos institutos da Dogmática Penal Nazista, passando por um cotejamento com o Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito até, por fim, evidenciar o contexto político e cultural que influenciou um Sistema Penal calcado na barbárie e no aniquilamento de seus inimigos. Assim, o propósito central é promover uma reflexão sobre tais institutos e, em uma última colocação, lembrar da relevância dos juristas e de um Direito Penal garantista.

Palavras-chave: Dogmática Penal Nazista; Direito Penal garantista; Política como relação de inimizade.

ABSTRACT

This research aims to introduce the main institutes that structured the Criminal Law of Nazi Germany, between 1933 and 1945. In order to achieve the desired objective, this research was organized into three chapters, which range from the presentation of the institutes of Nazi Penal Dogmatics, through a comparison with the Criminal Law specific to a Democratic State of Law until, finally, highlighting the political and cultural context that influenced a Penal System based on barbarism and the annihilation of the enemies. The central purpose is promote reflection on such institutes and remember the relevance of jurists and a guarantor Criminal Law.

Keywords: Nazi Penal Dogmatics; Guarantor Criminal Law; Politics as a relationship of enmity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	OS PRINCIPAIS INSTITUTOS DA DOCTRINA PENAL NAZISTA (1933 – 1945).....	8
3	COTEJAMENTO DO DIREITO PENAL NAZISTA COM O DIREITO PENAL DE GARANTIAS, PRÓPRIO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
4	EVITANDO O “ENCAPSULAMENTO” DA DOCTRINA PENAL	31
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

A ascensão do Regime Nazista, bem como suas manobras políticas totalitárias que culminaram na Segunda Guerra Mundial, gerou impactos proporcionais à sua devastação, que ressoam até os dias atuais. Diante de tal evento histórico, surge a urgência em dissecar algumas das particularidades jurídico-penais que o fundamentaram.

Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso visa abordar os principais institutos da Dogmática Penal Nazista, compreendendo o período de 1933 até 1945. O estudo sobre os institutos teve como cerne a obra “Doutrina Penal Nazista – A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945”, do autor Raúl Eugênio Zaffaroni.

A pertinência do tema é o principal fator que justifica o trabalho. Desse modo, vislumbra-se a necessidade de pesquisa sobre os institutos que foram capazes de fundamentar um sistema político bárbaro. A partir do exposto, cabe conhecer que, diante de eventuais possibilidades, os juristas não se sintam mais à vontade em construir um arcabouço jurídico para legitimar os atos de terror e extermínio daqueles considerados inimigos do sistema.

Nesse sentido, conclui Francisco Muñoz Conde (2019, p.11):

Naturalmente, aquele regime só pôde chegar a ser o que foi e a ter um poder onímodo capaz de conduzir toda uma nação até a derrota e à catástrofe final com a colaboração, muitas das vezes entusiasta, das suas principais mentes pensantes, políticos, cientistas, juristas, professores, artistas, entre outros; aqueles que formavam a elite da Ciência, o Direito, a Arte ou a Filosofia, e não só na Alemanha, mas também em nível mundial. [...]. É evidente que desse vendaval tampouco se livraram os juristas, tanto os encarregados na Administração de Justiça da aplicação das leis mais representativas, desumanas e repressivas do regime nazista, como os professores que explicavam e ensinavam essas leis nas Faculdades de Direito, elaborando construções e conceitos jurídicos afins com a ideologia do regime.

Com isto posto, deve-se salientar que o objetivo central é refletir sobre os principais institutos da Dogmática Penal Nazista. A fim de alcançar tal desiderato, o Trabalho de

Conclusão de Curso foi dividido em três capítulos, que buscam estruturar um raciocínio claro e coeso sobre o tema, sendo estes: a apresentação dos principais institutos da Doutrina Penal Nazista; um cotejamento com o Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito; e a exposição de algumas importantes influências políticas e culturais que construíram tais institutos.

Assim, o capítulo inicial foca na apresentação desses principais institutos, além de explanar acerca de alguns conceitos fundamentais – tais como: a função desempenhada pelo Direito Penal e a comunidade do povo – que possibilitam uma melhor compreensão da Alemanha Nazista e de seu sistema jurídico penal. O próximo capítulo busca realizar um comparativo entre os institutos anteriormente abordados e aqueles próprios de um Direito Penal garantista, dotado de direitos fundamentais. O terceiro e último capítulo almeja evidenciar alguns condicionamentos políticos e culturais que possibilitam entender a construção e a operatividade do Direito, evitando então o “encapsulamento” da Dogmática Penal. Ainda, contextualiza que os institutos elaborados a fim de atender à função de extermínio do Direito Penal Nazista, adotam uma perspectiva da relação amigo-inimigo.

Em conclusão, realizam-se considerações críticas sobre a temática e sua atualidade, enfatizando o papel dos juristas da época e sobre a importância do Direito Penal de garantias de um Estado Democrático de Direito.

2 OS PRINCIPAIS INSTITUTOS DA DOCTRINA PENAL NAZISTA (1933 - 1945)

Em um primeiro momento, cabe enfatizar a função do Direito Penal inserido no contexto da Sistemática Penal Nazista. Nesse sentido, percebe-se que o Direito Penal foi elevado a instrumento primordial de extermínio dos ditos inimigos do povo alemão, bem como daqueles considerados parasitas sociais e dos pertencentes às raças inferiores, em especial os judeus.

Sob o contexto nazista, o sistema legal e o sistema de justiça foram usados para promover e executar políticas discriminatórias, bem como atender aos objetivos do regime. Diante dessa perspectiva do Direito Penal, as garantias, os institutos e as legislações penais foram moldados como instrumentos para atender à almejada função de aniquilamento.

Na mesma linha, Eugênio Raúl Zaffaroni (2019, p. 123, *itálicos do autor*) pontua:

*Freisler¹ começava perguntando-se se o direito penal quer limitar-se a reagir diante de resultados danosos ou se o que o povo quer é criar com seu direito penal e sua aplicação um aparelho de contínua operação de autolimpeza do seu próprio corpo. Se quiser o segundo, deve combater — como direito de luta — o perturbador da paz, que torne tendência o não social, anárquico, injusto, uma disposição a realizá-lo em sua vida como princípio, degenerando a si mesmo como um perturbador da paz. Assim, concluía que o direito penal deve ser um aparelho de contínua operação de autolimpeza do corpo popular, cuja meta não é só a de combater o oponente, mas sim a de aniquilá-lo, já que toda luta se dirige à vitória e não se satisfaz por si mesmo [sic]. [...]. Fica claro, pois, que, para Freisler, era função do direito penal o aniquilamento de todo inimigo, ou seja, de todo portador do princípio anárquico, que pretendesse configurar à [sic] sociedade de modo diferente ao configurado pelo sistema que se impunha, chamado *comunidade do povo*.*

As bases da comunidade do povo buscam apoio na Escola Histórica de Friedrich Carl Von Savigny, um jurista e filósofo do Direito alemão do século XIX, conhecido pela teoria do "Volksgeist", traduzido como "espírito do povo". Tal teoria estabelece que as leis e as instituições jurídicas de um povo são moldadas pela sua história, cultura, língua e

¹ Freisler foi o presidente do Tribunal de Povo, sendo este responsável pelo julgamento de acusados de crimes de alta traição e atentado contra a segurança do Estado, praticados pela resistência alemã durante o regime nazista.

tradições, ou seja, por essa perspectiva, o Direito é uma manifestação do espírito de uma nação ou grupo de pessoas, e essa singularidade é refletida nas suas leis.

Assim, Savigny defende que as leis não devem ser impostas de forma abstrata ou universal, mas devem surgir organicamente da cultura e das tradições de um povo. Ele acreditava que as leis deveriam ser desenvolvidas de acordo com as necessidades e o caráter específico de cada sociedade, evoluindo ao longo do tempo em resposta às mudanças sociais, econômicas e culturais (apud MORRIS, 2015, p. 290).

Essa abordagem rejeita a ideia de que o Direito pode ser totalmente racionalizado ou codificado de forma uniforme, valorizando a evolução histórica e a influência do "espírito do povo" na formação do Direito. Portanto, os membros da comunidade compartilham entre si valores próprios que são produto das características que os formam. Tais valores são passados de geração em geração e remontam até seus ascendentes; assim, o indivíduo não se vê como unidade, mas sim como o resultado de todos que vieram antes dele.

Embora tomasse como verdade que o direito anterior privilegiava os bens jurídicos individuais sobre os coletivos e que era mister reverter com urgência esse privilégio, dando primazia à comunidade popular para reprimir as agressões contra esta, aspirava a ir muito além de uma simples reversão, para chegar a suprimir diretamente a contraposição comunidade-indivíduo, fazendo-a desaparecer do direito penal, sob a premissa de que o indivíduo é tal unicamente em sua indissolúvel vinculação como membro da comunidade. (ZAFFARONI, Raúl, 2019, p. 169)

Nesse sentido, o que o nutre espiritualmente é o pensamento de que nessa ascendência – herança – de cadeia infinita de identidade compartilhada, se chega a Deus. Assim, analogicamente, o fundamento do Direito seria divino, apresentando-se como uma lei vital biológica que não está calçada na busca materialista, e, por essa origem, não se pode violar os deveres com seus iguais.

Em consonância, apresenta Raúl Zaffaroni (2019, p. 41):

Como o direito provém do Deus pai máximo, apresenta-se na consciência em forma de lei vital (biológica), procedente de uma origem do mundo do qual a cruz da gama (das Hakenkreuz) é o símbolo. É por isso, afirma, que resulta por completo estranho ao germano conceber um direito que se imponha de fora e por meio da força. A ideia do poder é por completo desconhecida para o direito alemão, porque para ele estava antes o direito, a ordem existente, que os deuses e os homens estão destinados a servir. Afirma que o direito é vivente, nasce com o homem como instinto jurídico e se dá na consciência, que mostra o que é verdadeiro e o que é falso, o que é bom e o que é ruim. [...]. A discriminação racial é derivada deste modo: Desta comunidade de sangue provém o direito. Como consequência, somente dentro da comunidade do povo o direito é válido. E porque a comunidade do povo é comunidade de sangue, é esta também comunidade jurídica, dos partícipes do direito. Igual sangue dá igual direito, porque o direito está condicionado pela ascendência. Quem está fora do povo está fora da paz, fora da ordem jurídica, nem tem iguais direitos nem é igual aos outros.

Deste modo, o poder punitivo estatal era o reflexo das diretrizes estabelecidas pelo novo sistema penal alemão, que declara como dever primordial a lealdade perante à comunidade, e estabelece a perda da honra como consequência direta da quebra de tal dever (ZAFFARONI, 2019, p. 110). Sobre esse tópico, conclui (ZAFFARONI, 2019, p. 62):

No caso do direito nazista [...] o povo não se integrava com todos os habitantes, mas unicamente com os de raça ária, sem importar se habitavam ou não o território. A comunidade do povo (Volksgemeinschaft) era formada por todos os alemães, inclusive os das minorias alemãs fora do território, mas não a integravam os não arianos, embora vivessem no território. O Estado e o direito escrito eram um instrumento de realização desta comunidade, que não era uma criação humana, mas sim provinha de Deus, porque estava condicionada pela raça, de forma natural, biológica, o que dotava cada indivíduo de um sentimento de justiça inato, proveniente do sistema biológico racialmente condicionado e que não podia ser transferido para outros. Segundo Dahm, Schmitt e os outros autores nazistas minimamente coerentes, cada indivíduo devia ocupar uma posição na comunidade popular (professor, médico, militar, operário manual, etc.) e dessa posição derivar-se-iam os deveres, ou seja, os papéis exigidos pela comunidade. Os ilícitos eram precisamente as violações a esses deveres inerentes à respectiva função dentro da comunidade popular. É claro que esta era um sistema social, uma unidade sistêmica, com distribuição de papéis e consequentes deveres. Estes deveres eram certamente éticos, mas se elevavam a jurídicos, porque a fonte do direito era a comunidade popular e não o Estado, e a diferença entre ética e direito tinha desaparecido.

Neste momento, cabe esmiuçar as fontes do Direito no sistema penal nazista. Em linhas gerais, sabe-se que as fontes do Direito se referem às origens de onde as regras e princípios legais derivam sua autoridade e validade. Assim, apesar do que diziam os juristas nazistas, o regime totalitário alemão dava espaço a um “*direito natural arbitrário*,

produto do forçamento *dos fatos*” (ZAFFARONI, 2019, p. 47). Seguindo esta ideia, Zaffaroni (2019, p. 46) apresenta que:

O famoso pensamento da ordem concreta (*konkreten Ordnungsdenken*) de Carl Schmitt pretendia que cada âmbito da vida (família, parentesco, estamento, burocracia, forças armadas, trabalhadores, negócios, etc.) tivesse uma estrutura própria, mas a verdade é que a interpretavam conforme seu desejo, no marco de uma *escolástica particular*, derivada de uma suposta ética de deveres impostos pela sua famosa *comunidade do povo*.

Desse modo, a ambição de tal pensamento era desaparecer com o Estado de Lei e substituí-lo por um direito de comunidade, “fazendo do Estado e das suas leis o instrumento de um sistema que se perdia no mistério dos pensamentos da Volksgemeinschaft – comunidade do povo – cujo intérprete máximo era o Führer” (ZAFFARONI, 2019, p. 48).

Percebe-se que o propósito é admitir o sentimento do povo como fonte do Direito, seguindo uma concepção de comunidade com valores bem estruturados e que por esse sentimento comum é capaz de deliberar e guiar o Direito, tomando como base a utilidade e os benefícios ao povo.

Partindo desse princípio, o Direito Penal alemão converteu noções clássicas e estipulou que a “atitude interna” e a “violação do dever de fidelidade ao Führer e ao povo alemão” passariam a constituir a base do conceito material do delito (ZAFFARONI, 2019, p. 12), ou seja, a núcleo do delito se encontra na violação do dever com a comunidade do povo e seu líder. Dessa forma, estipula-se o delito como “uma forma de colocar em perigo o bem-estar e a integridade da comunidade, a pena terá de ter como tarefa a proteção e a estabilização da comunidade” (ZAFFARONI, 2019, p. 113).

Ademais, o Führer se apresentava como última absoluta fonte do Direito e concentra o título de própria justiça. Em mesmo sentido, discorre Zaffaroni (2019, p. 46, *itálicos do autor*), mencionando as contribuições de Carl Schmitt:

Em resumo: o direito legal devia ficar subordinado a uma interpretação arbitrária, que, no fim das contas, remetia à vontade do Führer como último juiz. Não deixa dúvida a esse respeito a justificativa da noite das facas longas por Carl Schmitt: *O Führer protege o direito dos piores abusos, quando perante o perigo cria o direito em junção da sua condução como máximo senhor do tribunal. // O verdadeiro Führer sempre é também juiz. Da condução deriva a judicialidade. // Na verdade, o fato do Führer foi autêntica judicialidade, não submeteu à justiça [sic], mas sim foi ele mesmo a máxima justiça. //O poder judicial do Führer se origina na mesma fonte jurídica de todo o direito do povo. Na necessidade máxima, protege-se o máximo do direito e aparece o máximo grau de judicialidade vingadora para a realização deste direito.*

Isto posto, o presente capítulo busca abordar os principais institutos da dogmática penal alemã nazista no período de 1933-1945.

Edmund Mezger, advogado e teórico penal alemão, influenciado pela concepção neokantiana, passa a reordenar alguns conceitos básicos do mundo penal para atender aos valores nazistas. Neste sentido, o conceito de culpabilidade foi reformulado a fim de atender as pretensões do Direito Penal Nazista, quais sejam (MEZGER apud ZAFFARONI, 2019, p.138, itálicos do autor):

Entende que ao direito penal cabe uma tripla tarefa: deve fomentar e garantir a educação ético-jurídica de todos os partícipes do povo no quadro da comunidade do povo; deve expiar o delito cometido conforme o grau da sua culpabilidade e preservar assim o direito e a justiça; independentemente da culpabilidade pessoal, deve proteger eficazmente a generalidade da ameaça do delito. Principalmente os dois primeiros são o motivo para o qual serve a pena no sentido estrito da palavra.

Tal reformulação se dá a partir de uma divergência da culpabilidade normativa ou da culpabilidade pelo fato; assim, relaciona a ideia de que uma pessoa pode ser considerada culpada não somente com base em suas ações exteriorizadas danosas socialmente realizadas, mas também com base em seu potencial de representar uma ameaça social no futuro.

Nesse sentido, pode-se considerar a ideia reformulada de culpabilidade atrelada ao conceito desenvolvido pelo criminólogo italiano Raffaele Garofalo, que insere a periculosidade como uma característica inerente a certos indivíduos que têm uma tendência natural e irrefreável para cometer crimes. Essa tendência seria determinada

por fatores biológicos, psicológicos e sociais, e o sistema de justiça penal deveria se concentrar não apenas no ato de cometer o crime, mas também na periculosidade do indivíduo que cometeu o crime.

Em semelhança, Mezger (apud ZAFFARONI, 2019, p. 139) “defende [que] uma pena por culpabilidade *do autor*, quer dizer, uma pena *que não seja só dependente do fato objetivo, mas também da essência subjetiva e pessoal do autor*”.

Para isso, o teórico alemão Mezger expõe que a culpabilidade transcende o fato particular concreto, ampliando-se para a maneira que o autor conduz sua vida. Assim, resgata a ideia da Criminologia Positivista italiana do século XIX sobre a “mala vita”, expressão em italiano referente à “má vida”, que representava um estilo de vida associado à delinquência e à criminalidade. Trata-se, portanto, de “uma culpabilidade pela condução da vida” (MEZGER apud ZAFFARONI, 2019, p. 140).

Por óbvio, no contexto histórico desse período, a ideia de má condução da vida era amplamente atrelada aos tidos como estranhos e inimigos do Estado Nazista, ou seja, aqueles que, de certa forma, apresentassem riscos ao regime e à comunidade do povo alemão. Aprofundando, dispõe Raúl Eugênio Zaffaroni (2019, p. 141) que o:

[...] conceito de culpabilidade pela condução da vida de Mezger era totalmente coerente com uma reformulação de valores ordenadores conforme os novos fundamentos do direito. Se tratava que o direito penal depurasse da comunidade do povo aqueles que se afastavam das suas normas, os que se decidiam pela má vida já o estavam fazendo, de modo que o fato só abria a janela para a recriminação a [sic] toda eleição existencial do autor. [...]. Destaque-se, ainda, que a pretensão de que o juiz valorize juridicamente — ou, melhor dizendo, desvalorize — e recrimine a totalidade da eleição de vida (existência) de uma pessoa implica uma amostra de onipotência totalitária que se aproxima do juízo final, o que, embora possa ser coerente dentro do esquema nazista, é uma aberração inadmissível para qualquer exigência mínima de respeito à dignidade e à condição mesma de pessoa.

Desse modo, a pena assumia um caráter preventivo, ou seja, a periculosidade do agente perante à comunidade do povo alemão era razão suficiente para aplicação de punições fundamentadas estritamente em condutas potenciais do autor.

Atrelado a esta construção, o Direito Penal alemão alterou institutos relativos à pena e à prisão, que passaram a ser reflexo da arbitrariedade e da brutalidade punitivista do Estado. A prisão preventiva, por exemplo, desempenhou um papel significativo na repressão e no controle social implementado, isto pois, “a concepção da prisão preventiva mudou fundamentalmente com o nazismo, já que passou a ser considerada como uma medida de segurança de caráter punitivo” (ZAFFARONI, 2019, p. 84).

Assim, aqueles indivíduos tidos como “estranhos” ou inimigos do povo alemão, enfrentavam prisões motivadas por meras considerações políticas e raciais, que frequentemente ocorriam sem acusações formais ou julgamentos justos. Ou seja, a “prisão preventiva” estava intimamente ligada à perseguição de tais indivíduos, e desrespeitava noções e princípios, como o devido processo legal e justiça. Portanto, era instrumento concreto de uma estratégia de repressão e de perseguição usada para consolidar o poder do Partido Nazista e eliminar opositores e grupos considerados indesejáveis pelo regime.

Além da manipulação da prisão preventiva, destaca-se a pena expiatória – que também foi desenvolvida pautando-se na concepção de uma culpabilidade do autor e da vontade – como outro exemplo da punição antecipada, que servia de proteção e de manutenção do regime nazista. Destaca-se, ainda, que era natural o juiz decidir pela aplicação da pena de morte como pena de proteção (ZAFFARONI, 2019, p. 112). Nesse sentido, discorre Raúl Zaffaroni (2019, p. 112):

A pena expiatória — escrevia — funda-se na culpabilidade do fato cometido, na condução culpada da vida do autor ou na conformação culpada da personalidade do criminoso. Com a mudança para a luta preventiva contra o delito, como o demonstra a introdução da pena protetiva, necessariamente se debilita a relação entre a justiça e a administração. Quanto mais o juiz se ocupar de tarefas de prevenção do delito, a sua atividade e a sua posição encontrar-se-ão mais perto do funcionário administrativo. Esta constatação permite fundar a ideia de que a administração e a justiça, como funções ambas da potência do direito, juntam-se na cúspide, embora, em sua essência, sejam diferentes.

Após Mezger abordar a reformulação do conceito de culpabilidade, o autor trabalha, ainda, com uma construção que sustenta a teoria do dolo² no tocante à consciência da ilegalidade, simplificando a classificação dos erros no contexto do Direito Penal, sustentando, assim, uma teoria unitária do erro, que busca unificar a consideração do erro em relação a elementos descritivos do crime e elementos normativos.

Mezger (1942, p. 180), discorre sobre a ideia de “cegueira jurídica”, que permitia impor a pena do delito doloso (que podia ser a de morte) a quem por sua “forma de condução de vida” (a “má vida”, segundo os criminólogos clássicos) desconhecia os valores fundamentais da comunidade do povo alemão, entendendo que a esse só integravam os pertencentes à raça ária (ZAFFARONI, 2019, p. 12). Dessa forma, “a recriminação de culpabilidade se fundava em um dolo não só com conhecimento da ilegalidade, mas também com desconhecimento das exigências éticas elementares da comunidade popular” (ZAFFARONI, 2019, p. 143).

Nessa perspectiva, a criminalização passou a ser ligada a atributos inerentes ao próprio autor do crime, como a raça, orientação sexual e religião: todos aqueles que pela mera existência afrontavam os padrões impostos pelo regime³, e a estes (ZAFFARONI, 2019, p. 143):

[...] não é possível requerer um efetivo conhecimento da ilegalidade da conduta e, não obstante, considera que é precisamente nesse não saber onde reside sua culpabilidade, consistente em *afastar-se da compreensão que do justo e do injusto devem exigir o Estado e o povo*. Em tais casos, em que o autor na verdade não transgredir dolosamente o direito, será, entretanto, condenado como se houver [sic] se comportado dolosamente. Como pode-se observar, introduz aqui um equivalente da consciência da ilegalidade, que consiste na *cegueira ao direito* que, segundo sua opinião, *revelaria uma atitude que não está de acordo com a sua intuição do povo sobre o justo e o injusto, de modo que, sob condições normais, não deve desculpar, mas sim pelo contrário, configurar o fundamento*

² Mezger não era unânime na teoria do dolo, Kohlasuch também versava sobre o mesmo tema. Para maior aprofundamento vide Zaffaroni (2019, p. 144-145)

³ A partir do exposto, é pertinente apontar uma identificação com as contribuições do criminólogo britânico David Garland. Este apresenta um conceito que denominou de “criminologia do outro”, nesses termos, o criminoso é considerado uma criatura completamente diferente do indivíduo não-criminoso. Isto é, o “outro” era sinônimo “do pária ameaçador, do estrangeiro inquietante, do excluído e do rancoroso” (GARLAND, 2002, p. 85) e, portanto, a referida criminologia “tende a satanizar o criminoso, a provocar os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais” (GARLAND, 2002, p. 85).

da punição. A cegueira ao direito, por conseguinte, não seria outra coisa para Mezger que o desconhecimento devido a que o sujeito não internalizou os valores da intuição sã do direito própria do povo alemão.

Assim, acreditava-se que a própria inconsciência nascia pela ausência de valores e deveres alemães que deviam ser intrínsecos ao próprio ser, e a violação a estes já caracterizava os estranhos e os inimigos da comunidade do povo alemão.

Outra construção jurídica doutrinária da época consistia em limitar o poder judicial que passava a funcionar a partir da interferência do Estado e de terceiro (Führer). Desse modo, como a vontade do Führer era a própria fonte do Direito, cabia desempenhar o papel de garantidor de tal Direito. Nesse sentido, dispõe Raúl Eugênio Zaffaroni (2019, p. 78):

No plano da doutrina, ao nazismo resultava necessário desprender-se da ideia de independência judicial, do princípio de legalidade e do chamado juiz natural, porque, em suma, o Führer era o único juiz natural. Hans Frank atenuava esta ideia, precisando que o caráter de juiz supremo da Nação Alemã, que o Führer se atribuía, em rigor ele mesmo o limitava a casos determinados, importantes para a vida do povo, deixando espaço amplo à independência dos juizes; mas, com este argumento, ficava claro que essa independência era exercida na medida em que o Führer não assumisse a função judicial. Nessa linha, um dos teóricos de Kiel escrevia: o princípio de que ninguém pode ser separado de seu juiz ordinário é uma previsão liberal que não tem nenhum valor atual para nós. Como máximo senhor do tribunal (Gerichtsherr) — que como nenhum outro juiz tem a confiança do povo —, pode o Führer, quando os interesses vitais da nação estiverem em jogo, inclusive pronunciar a sentença. Ele sozinho assume a responsabilidade perante o povo alemão e perante a história.

Diante disso, entende-se que o juiz responsável devia se pautar no posicionamento partidário vigente, posicionamento este que, por sua vez, era definido pelo próprio Führer. Assim, a decisão era parcial e devia se submeter às questões estabelecidas previamente pelo líder alemão e, se caso “o juiz se deparasse com uma lei não derogada que batesse com o atual sentimento do povo, ele deveria decidir contra a lei antiquada, já que uma decisão que provoque indignação no povo não pode ser justa” (ZAFFARONI, 2019, p. 79).

Percebe-se então que o Poder Judiciário era limitado pelo dever de servir tanto às vontades do Führer, quanto às do povo alemão, em um segundo momento. Ou seja, o juiz tinha por missão discernir e punir a quebra com os deveres da comunidade do povo alemão, mesmo que o Direito escrito fosse contrário, tendo este que se subjugar aos valores que regiam a comunidade popular. “Por isso, não era plausível, nesta cosmovisão, o princípio de legalidade, derogado com a introdução da analogia” (ZAFFARONI, 2019, p. 63). Tal analogia, bem como o costume e a consciência popular, integram as fontes do novo Direito Penal alemão.

Complementando o exposto, discorre Zaffaroni (2019, p. 154):

[..] não se remete só ao são sentimento do povo, pois, neste caso, tornaria o juiz um legislador, quando, na realidade, mantinha a supremacia do legislador e a vontade do juiz submetida a este, dando mais um passo para a introdução de conceitos materiais sobre o mero sentido literal das palavras da lei que vinha sendo produzido: a teoria da ilegalidade material, o reconhecimento de causas supraleais de exclusão de pena, a fundamentação de uma culpabilidade normativa, são todos dados que o provam. [...] mantinha o juiz vinculado à ideia fundamental de uma lei penal, pois faltando este vínculo, o juiz não poderia fazer livre aplicação do são sentimento do povo. Acrescentava que a função legislativa própria dos parlamentos conserva valor com diferente inspiração no Estado nacional-socialista. Também aqui o legislador mantém prioridade sobre o juiz, cujo fundamento se encontra na ideia do Führer. O legislador tem em relação ao juiz a posição de um Führer superior.

Interligado a isto, destaca-se uma maior autonomia policial no período nazista, ou seja, “as polícias se autonomizam e operam à margem dos juízes, dando origem a um sistema penal subterrâneo”⁴ (ZAFFARONI, 2019, p. 85). Nesse cenário, além de minarem a independência do poder judicial, é concedida maior liberdade à polícia e a outras organizações, que respondiam diretamente ao líder alemão.

⁴ A expressão “sistema penal subterrâneo” remete um poder punitivo que opera fora da legalidade. Isto é, “ trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos [...] este é o sistema penal subterrâneo, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição. (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 69-70).

Diante disso, surge como consequência uma série de atrozidades que partiram das polícias do regime, principalmente as SS (sigla de Esquadrões de Proteção, Schutzstaffel) e a Gestapo (abreviação de Polícia Secreta do Estado, Geheime Staatspolizei) (ZAFFARONI, 2019, p. 85).

Uma vez que essas organizações policiais não eram subordinadas ao Judiciário e seu processo, essas atuavam conforme suas próprias vontades e necessidades fáticas e, ainda, utilizavam de quaisquer meios que julgavam adequados para manter o Estado alemão pleno e forte. “Uma instituição que vigia cuidadosamente o estado da saúde política do corpo popular alemão, individualiza e, com todos os meios adequados, reconhece e oportunamente elimina qualquer sintoma patológico e qualquer semente de destruição” (ZAFFARONI, 2019, p. 87).

Sobre essa temática, elucida Raúl Zaffaroni (2019, p. 87):

De qualquer forma, os limites entre o sistema penal judicial e o subterrâneo não estavam tão claros na prática, porque as chamadas Korrekturen eram execuções realizadas, por iniciativa própria, pela polícia ou as SS, embora, em alguns casos, por decisão pessoal de Hitler, quando considerassem que as penas impostas pelos juízes eram benignas. Estas execuções sem processo apareciam nos jornais como mortes em tentativas de fuga. Em 1939, os delitos cometidos pelos membros das SS e das formações policiais deixaram de estar submetidos aos tribunais judiciais e passaram a ser julgados por sua própria jurisdição. Por pressão de Himmler, durante a guerra, a competência pessoal desta jurisdição policial foi sendo ampliada a um maior número de [sic] pessoas e até a seus parentes. No que concerne ao material, não se limitou aos delitos militares e policiais, mas sim se estendeu também aos comuns.

Após as considerações até aqui levantadas, cabe ainda destacar que Freisler e outros juristas dedicaram-se a destrinchar e elaborar o instituto da tentativa, e sustentaram uma ideia de Direito Penal da vontade e da tentativa. Desse modo, avaliavam como “indiferente ao efeito típico a distinção entre tentativa e consumação” (ZAFFARONI, 2019, p. 125).

Assim, o jurista planejava a formulação de um Direito Penal punitivista preventivo, baseando-se na análise da periculosidade do agente para fundamentar a punição de

“atos preparatórios e a vontade criminosa, desde que propensa e/ou nítida. Como o objetivo é punir aquele que está em vias de manifestar ou manifesta vontade contrária ao direito, a tentativa se equivaleria ao delito consumado por antecipação”. (ZAFFARONI, 2019, p. 12).

Nesse sentido, defendia-se que, em certos casos, as linhas determinantes entre tentativa e consumação seriam derrubadas, punindo-se, em suma, “a vontade, sem que houvesse alguma exteriorização dela no mundo dos fatos” (ZAFFARONI, 2019, p. 12).

Tendo por base a análise dos institutos próprios ao Direito Penal Nazista, ou seja, de um Direito Penal do autor, o próximo passo da presente Pesquisa de Conclusão de Curso é realizar uma comparação com os institutos do Direito Penal garantista – um Direito Penal do fato – próprio de um estado democrático de direito.

3 COTEJAMENTO DO DIREITO PENAL NAZISTA COM O DIREITO PENAL DE GARANTIAS, PRÓPRIO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante das observações realizadas no capítulo anterior, vislumbra-se a necessidade de um cotejamento entre o Direito Penal Nazista – e seus institutos abordados – e o Direito Penal garantista.

Inicialmente, cabe dizer que os princípios basilares do Direito Penal garantista clássico, tais como “a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo” (FERRAJOLI, 2014, p. 38).

Esses princípios são norteadores na construção que estabelece as noções e os institutos do Direito Penal garantista contemporâneo. Com base nessas considerações, José Victor Ibiapina Cunha Morais e Mariana Dionísio de Andrade (2023), dispõem que:

O garantismo penal articulado por Luigi Ferrajoli consistem em um sistema jurídico que consagra um modelo de direito baseado na estrita legalidade, tendo como ponto central de sua teoria o respeito máximo a postulados constitucionais que prezem pela proteção a direitos fundamentais.

Em um comparativo, é visível que tal concepção liberal se afasta bruscamente das ideias relativas ao Direito Alemão Nazista, haja vista que, naquele contexto não se cabe falar da primazia do indivíduo, mas sim, na primazia da comunidade do povo. Nesse raciocínio, o indivíduo só é digno se inserido e pertencente à comunidade pelos seus aspectos de fato, sendo estes: o sangue, a terra e a raça.

Por esse prisma, observamos que o Direito Penal Nazista não se importa em atender o indivíduo e suas garantias, tais como a presunção de inocência, a proporcionalidade da pena e o exercício de controle ao *jus puniendi* do Estado.

O Garantismo Penal foi uma teoria elaborada por Luigi Ferrajoli, que trouxe em sua obra, *Direito e Razão*, algumas conceituações sobre o tema. Entres essas, o autor dispõe que o (FERRAJOLI, 2014, p. 785):

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Sendo assim, o Direito Penal Garantista surge como uma abordagem do Direito Penal que coloca um forte foco na proteção dos direitos individuais dos cidadãos perante ao poder Estatal. Nesse raciocínio, as leis penais devem ser projetadas com a finalidade de minimizar a interferência do Estado na liberdade individual, e, ainda, servir como barreira para eventuais abusos.

A mínima interferência do Estado traduz-se em um Direito Penal Mínimo, que é parte do ideal garantista de Ferrajoli (2014, p. 101), que afirma que este:

Pode ser identificado como o modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes).

Ainda, urge pontuar que o Direito Penal Garantista busca equilibrar a necessidade de manter a ordem e segurança pública – punição de crimes – com a importante tarefa de proteger as garantias individuais e os direitos fundamentais.

Isto posto, é possível perceber que em sistemas jurídicos democráticos, as ideias do garantismo penal desempenham um papel fundamental na definição das normas e princípios que regem o direito penal e a justiça criminal. Assim, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal Garantista se opõe a práticas autoritárias,

punições desproporcionais e abusos no sistema penal, afastando-se por completo do Direito Penal nazista alemão.

Nesse ponto de vista, Cézar Roberto Bitencourt (2023, p. 23) salienta:

O Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de perseguição aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade. [...]. Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias [...] e colocando o Direito Penal a serviço da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.

Nesta lógica, a função que o Direito Penal desempenha, inserido no contexto do Estado democrático, é de regulamentar e de conter o poder Estatal, através da interpretação e aplicação do conjunto normativo criado pelo poder legislativo. Sendo assim, tal concepção, por si só, é capaz de contrariar o cerne do Direito Penal que vigorava no Regime Nazista, uma vez que este assumia uma função de aniquilamento de seus inimigos.

No tocante às fontes do Direito Penal de garantias, Bitencourt (2023, p. 90) disciplina que:

O Estado é a única fonte de produção – fonte material – do Direito Penal. O instrumento para materializar sua vontade é a lei. [...] a organização da nossa sociedade por meio de um sistema político democrático representa a garantia político/institucional de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, senão com base em leis que sejam fruto do consenso democrático. Dessa forma, a fonte de produção legítima de Direito Penal, em nosso ordenamento jurídico, é o legislador federal através das regras do sistema político democrático.

Logo, é perceptível que, no Estado Democrático de Direito, a lei constitui a expressão suprema da vontade do Estado, sendo essa a fonte primária do direito (BITTENCOURT, 2023, p. 91). Assim, Carlos Fontán Balestra (1953, p. 105) aponta que “em material penal, em nosso regime institucional, não existe outra fonte do direito a não ser a lei. Os

costumes, a jurisprudência e a doutrina podem ter influência mais ou menos direta na sanção e modificação das leis, mas não são fontes do Direito Penal”.

Dessa forma, as fontes formais mediatas – costumes, jurisprudências, doutrina e princípios gerais de direito – são subordinadas e condicionadas pela fonte formal imediata – que é a lei. Nesses moldes, é inadmissível desvincular o Estado como fonte do Direito e substituí-lo pelas vontades arbitrárias da comunidade popular e seu líder (BITTENCOURT, 2023, p. 91).

A positivação das condutas passíveis de punição visa garantir os princípios garantistas de legalidade e previsibilidade, sendo assim, estipula-se que um indivíduo não pode ser condenado por uma conduta que não tenha sido previamente tipificada como crime em lei escrita em vigor, proporcionando segurança jurídica aos seus tutelados – princípio da legalidade.

Em contramão a isto, a Alemanha Nazista propunha uma ideia de “cegueira jurídica”, que consistia em aplicar penalidades sem nenhum respaldo legal positivado, pois argumentavam que o desconhecimento, por si só, era um indicativo claro de que o sujeito não internalizou os valores da intuição sã do direito própria do povo alemão (ZAFFARONI, 2019, p. 143). Nesse sentido, abandona-se a ideia da previsibilidade, uma vez que os subjetivos deveres da comunidade do povo eram mais que o suficiente para sustentar uma decisão judicial – ainda que esses contrariassem a lei escrita.

Do ponto de vista da doutrina majoritária vigente, o delito é definido como a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível; nesse sentido, segundo a teoria geral do delito, “a conduta punível pressupõe a construção das categorias sistemáticas do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade” (BITTENCOURT, 2023, p. 131).

Nos moldes do Direito tipicamente nazista, o dever de violação para caracterização do delito era atrelado a uma conotação moral, ou seja, era a violação dos deveres comuns compartilhados pelos membros da comunidade do povo. Desse modo, é possível

constatar uma articulação direta entre o Direito alemão e a moral, e, por consequência, os conceitos de justo e injusto derivavam de tal ligação.

Em contrapartida, Ferrajoli, pelo ponto de vista garantista liberal, defende a ideia de uma separação entre direito e moral. Nessa linha, é importante que a legalidade seja diferente de justiça, pois o âmbito moral pode servir de critério crítico para avaliar se o Direito Penal existente – aquele que é produzido pelo Estado e nem sempre é justo – está o mais próximo de um Direito Penal ideal garantista a ser alcançado⁵. Em consonância, dispõe (CADEMARTORI, 1999, p. 74-75):

Em primeiro lugar, a separação entre direito e moral comporta a nítida distinção entre os pontos de vista que podem ser assumidos perante uma norma [...] externo, para Ferrajoli, é não o ponto de vista de quem observa de forma distanciada o comportamento dos afetados em relação à norma, mas aquele que julga justa ou injusta uma norma jurídica, empregando critérios de avaliação (ou de justificação) extrajurídicos. [...]. A lei de Hume, na construção de Ferrajoli, antes de mais nada exclui que seja logicamente permitido deduzir o direito positivo (como ele é) do direito justo (como deve ser). Neste sentido, o direito não pode derivar-se da moral: uma norma moral não é por si mesma jurídica o direito ideal não é por si mesmo existente; em suma, um “pecado” não é por si mesmo um ilícito penal. A lei de Hume, por outro lado, exclui que seja logicamente consentido deduzir o direito justo do direito positivo (ou seja, a moral do direito).

Assim, o Direito Penal garantista defende a completa separação entre direito e moral – indo em sentido contrário ao Direito Penal alemão – entendendo que o que é jurídico não é necessariamente sinônimo do que é justo, e essa ideia de separação oferece um critério externo ao Direito fático; diferentemente, atrelar a ideia de direito e moral é capaz de gerar confusão na percepção sobre uma norma jurídica justa, uma vez que, nesta linha de pensamento, tudo que é Direito é justo.

A ideia da culpabilidade é atrelada à capacidade de atribuir responsabilidade a uma pessoa que cometeu um crime pelo ato praticado. Sendo assim, a culpabilidade do

⁵ Esta ótica de Ferrajoli apoia-se na perspectiva moderna de aceitação do pluralismo axiológico e da defesa da impossibilidade de hierarquização entre várias visões morais possíveis. Para um maior aprofundamento filosófico dessa questão, vide: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; LEONEL, Wilton Bisi. A recepção neoconservadora estadunidense da crítica de Leo Strauss ao projeto moderno weberiano de uma ciência livre de valores. *Justiça do Direito [Recurso Eletrônico]*, Passo Fundo, RS, v.34, n.1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/50262>.

agente diz respeito ao fato em análise e suas repercussões, ou seja, isso significa que a responsabilidade penal está vinculada ao resultado concreto do crime, independentemente das intenções do autor.

Em consonância, doutrina Guilherme Nucci (2021, p. 143):

[...] ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não deve ser objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de uma conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos. Além disso, o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa. [...]. A intervenção mínima assegura o Estado Democrático de Direito, restringindo-se ao mínimo possível a atuação punitiva estatal. Diante disso, exigir a presença da culpabilidade, entendida esta, na teoria do crime, como a existência de dolo ou culpa, constitui garantia humana fundamental. O lastro dessa garantia pode ser encontrado na dignidade da pessoa humana, princípio regente e norteador de toda a atividade estatal de respeito ao indivíduo e de valorização de sua autoestima e inserção em sociedade.

Como posto, a culpabilidade é completamente interligada ao fato praticado pelo indivíduo (Direito Penal do fato); assim, não há que se falar de culpabilidade por possíveis atos futuros ou pelo nível de perigo que o agente poderá representar para a comunidade (Direito Penal do autor). Ao contrário, no Direito Penal nazista, independentemente do resultado socialmente danoso de uma determinada conduta, a mera existência de um indivíduo e seus atributos – que o tornam inimigo da comunidade alemã, como ser judeu, homossexual ou deficiente – já era o suficiente para caracterizar seu nível de periculosidade.

Tal posicionamento é completamente incompatível com os valores e os princípios do Direito Penal do fato – garantista – de um Estado Democrático.

Abordando a função da pena para os moldes do Direito Penal de garantias, sabe-se que esta pode ser vista de forma multifacetada; assim, ultrapassa o caráter punitivo e coercitivo, abarcando a proteção dos bens jurídicos e a natureza retributiva proporcional entre o ato praticado e sua conseqüente punição. Em consonância, pontua Guilherme Nucci (2021, p. 47, caixa alta do autor):

Diz JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI: “O Estado precisa utilitariamente aplicar a pena para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade (eis aqui a finalidade!) não tenham que fazê-lo e, satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas”. E continua: “Essa é a proposta do garantismo penal, para cuja corrente de pensamento a pena tem natureza retributiva, sem esgotar-se no castigo pelo castigo. Ela não se resume ao conteúdo da frase do mal da pena em oposição ao mal do crime, já que atua defendendo o autor do fato da reação da vítima e dos demais membros da coletividade, pois, se o Estado negligenciasse no seu dever de agir, se reabriria a porta à barbárie explícita”. JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO ressalta persistir o caráter retributivo da pena na atualidade, devendo a retribuição ser equivalente ao injusto culpável, funcionando a culpabilidade como limite e fundamento de sua aplicação.

Logo, a pena é resultado da realização de uma conduta reprovável praticada pelo infrator, que deve ser aplicada em proporcionalidade e se concentra no passado, isto é, no ato criminoso que já ocorreu, ou seja, a pena não pode servir como prevenção futura do crime.

Outra característica determinante do Estado Democrático é a separação dos poderes, que é responsável por constituir a base do funcionamento da democracia. Isto posto, leciona Raoni Bielschowsky (2012, p. 270):

[...] com o avanço do Estado de Direito, com o sistema de controle de constitucionalidade e, de forma ainda mais acentuada, após o reconhecimento dos direitos sociais (que, via de regra, exigem uma prestação positiva do Estado para sua efetivação), o Poder Judiciário ganha cada vez mais projeção no controle da atividade estatal, muitas vezes acabando por delinear os contornos do próprio modelo de Estado de Direito contemporâneo.

A autonomia entres estes poderes tem como objetivo evitar a concentração excessiva de autoridade em uma única instituição ou pessoa, atestando que tal poder seja exercido de forma equilibrada e limitada por meio de três poderes distintos: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (BONAVIDES, 2019, p. 554-555)

Essa tripartição, no contexto do Direito Penal contemporâneo, garante que o Poder Judiciário possa cumprir sua função sem a influência externa – ou coação – de outro poder. Logo, o Judiciário não se submete a interferências políticas, mantendo

independência e imparcialidade no desempenho de suas atribuições, sob pena de nulidade em caso contrário.

Após essas referências sobre tal instituto, vislumbra-se mais uma discrepância no que tange à importância da separação dos poderes no Direito Penal do fato em detrimento do Direito Penal do autor. Como dito no capítulo anterior, em um contexto nazista, não existia independência do Poder Judiciário – uma vez que este estava submetido as vontades do Führer – e, ainda, concedia-se cada vez mais autonomia ao poder policial, que se desvinculou da possibilidade de limitação por parte do Poder Judiciário.

No que diz respeito à analogia no Direito Penal Garantista, observa-se que seu uso pode resultar em incerteza e arbitrariedade, visto que depende da interpretação subjetiva dos julgadores em determinar a semelhança entre a situação não prevista na lei e uma situação regulamentada, diferentemente do Direito Penal Nazista, que permitia o uso desmedido da analogia.

Nesse sentido, a analogia pode representar uma afronta ao princípio da estrita legalidade, motivo pelo qual se sustenta a proibição de sua aplicação em norma penal. Sobre o tema, discorre Ferrajoli (2014, p. 352):

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada “analogia antecipada”.

Ressalta-se, ainda, que é preciso cautela quanto à aplicação da analogia, sendo estritamente limitada aos casos em que sua utilização seja realmente necessária para benefício ao réu, respeitando as implicações que trará a este. Assim, complementa Rodrigo Fernando Novelli (2014, p.127):

Contudo, a aplicação da analogia não fere o princípio de estrita legalidade caso a analogia não traga qualquer prejuízo ao acusado em um processo criminal. Se

porventura a analogia ocorrer em benefício do suposto criminoso – analogia *in bonam partem*, não há qualquer prejuízo ao princípio em comento a sua aplicação. Podemos sintetizar que a utilização da analogia, em regra é inadmissível frente ao princípio de estrita legalidade, contudo comporta exceção caso a analogia venha em benefício do acusado, havendo uma permissão garantista.

Ainda, cabe esclarecer a profunda diferença entre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo e aquele vigente na Alemanha Nazista. Como frisado no capítulo anterior, os membros da comunidade do povo pautavam seus deveres na ancestralidade que compartilhavam; assim, estes deveres eram fontes concretas do Direito.

Por consequência, é perceptível a linha que conecta os fundamentos do Direito com a ancestralidade – que tem Deus como última instância em uma cadeia de hereditariedade. Desse modo, o Direito alemão é etéreo, respaldado no divino e com uma função transcendente, que se apresenta de maneira imanente, ultrapassando o próprio ser.

Em comparativo, o Direito vigente é voltado para manutenção da sociedade, sendo dotado de garantias e respeitando a estrita legalidade. Por esse prisma, o Direito pode ser visto como um contrato social entre os componentes da sociedade, realizado a fim de proteger seus interesses e direitos individuais.

O fundamento, assim, é completamente pautado na imanência, portanto, este se apresenta como o núcleo, meio e fim, ou seja, são instituições humanas cuja operatividade é voltada para atender ao próprio indivíduo, neste mundo terreno. Nesse sentido, não há que se falar em um alicerce espiritual, uma vez que o Direito contemporâneo é inegavelmente enraizado no plano material individual.

Enfatizando os demais institutos abordados no capítulo anterior, cabe versar sobre a tentativa, a consumação e os atos preparatórios no contexto do Direito Penal de garantias. Assume-se como o conceito de crime consumado “aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal. [...] Nesse caso, todas as elementares do tipo foram inteiramente realizadas” (CAPEZ, 2022, p. 130). Assim, a

consumação é fortemente punida por representar um grau de execução completo da conduta criminosa.

Já a tentativa é apresentada por Fernando Capez (2022, p. 131) da seguinte forma:

A tentativa, ensina Alberto Silva Franco, “se caracteriza por ser um tipo manco, truncado, carente. Se, de um lado, exige o tipo subjetivo completo correspondente à fase consumativa, de outro, não realiza plenamente o tipo objetivo. O dolo, próprio do crime consumado, deve iluminar, na tentativa, todos os elementos objetivos do tipo. Mas a figura criminosa não chega a ser preenchida, por inteiro, sob o ângulo do tipo objetivo. Bem por isso, Zaffaroni e Pierangeli (*Da tentativa*, p. 59) observaram que a tentativa ‘é um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva”.

Nota-se, portanto, a visível diferença entre tais institutos, tanto na estrutura que os constituem como na punição proporcional cabível; desse modo, a distinção entre consumação e tentativa é fundamental no direito penal, uma vez que as consequências legais e as penas podem variar significativamente entre esses dois estágios.

Ademais, analisam-se os atos preparatórios. A doutrina versa que “nessa fase ainda não se iniciou a agressão ao bem jurídico. O agente não começou a realizar o verbo constante da definição legal (o núcleo do tipo), logo, o crime ainda não pode ser punido” (CAPEZ, 2022, p.130).

Em sentido extremamente antagônico ao acima exposto, no Direito Penal do autor ocorre a equiparação entre a tentativa e a consumação, que são punidas de mesma forma, bem como os atos preparatórios e vontade criminosa – baseados na periculosidade do agente – que eram suficientes para fundamentar a penalização.

Logo, a prisão nesse período era vista como forma de exercer controle e repressão em relação aos “inimigos da raça ariana”, adquirindo caráter de punição antecipada, ou seja, servia de proteção e de manutenção do regime nazista. Já no Direito Penal do fato, a prisão exige uma execução por parte do agente infrator e respeito uma série de exigências processuais. Nesse sentido, nota-se que a prisão – no molde contemporâneo

liberal – detém um peso muito maior, uma vez que é capaz de limitar um dos principais direitos fundamentais individuais: a liberdade.

Após a comparação dos institutos do Direito Penal do fato, próprio de um Estado Democrático de Direito e de garantias, em face do Direito Penal do autor, próprio da Alemanha totalitária, cabe, no próximo momento, politizar a construção do Direito Penal Nazista.

4 EVITANDO O “ENCAPSULAMENTO” DA DOCTRINA PENAL

O presente capítulo busca evitar o “encapsulamento” da Dogmática Penal a partir de uma reflexão sobre o período nazista. Esta ideia de negação do encapsulamento advém das contribuições teóricas de Raúl Eugênio Zaffaroni (2019, p. 22-23), e remonta a ideia equivocada de boa parte dos juristas de apresentar os conceitos jurídicos fora da história. Vale destacar que a construção de uma doutrina penal é correspondente a um conjunto fático a ser analisado, incluindo o contexto político. Isto posto, Zaffaroni (2019, p. 31), dispõe que:

Muitíssimo tem se investigado e escrito a respeito da cosmovisão do nazismo e, é obvio, não se pretende aqui voltar ao tema em geral, mas sim relembrar os traços principais, porque a antes referida a-historicidade do saber penal atual e — por que não dizer? — a conseguinte omissão da história contemporânea por parte do penalismo o tornam mais que conveniente.

Por esse pensamento, o autor versa sobre a falta de interesse pela historicidade ligada à dogmática penal, ainda que claro que o surgimento desta não se deu de forma autônoma, e sim por uma série de fatores determinantes. Assim, uma vez que não há própria apresentação dos condicionamentos históricos, políticos e culturais, torna-se impossível a ampla compreensão sobre o Direito, visto que é justamente a partir desses elementos que se entende melhor a construção conceitual e a operatividade prática de um determinado sistema penal.

Dessa forma, o objetivo é evitar o referido “encapsulamento” da Dogmática Penal Nazista, observando os condicionamentos políticos que levaram à construção dos institutos penais abordados típicos daquele tempo. A fim alcançar esse propósito, a fundamentação principal é apoiada no trabalho do cientista político e um dos principais juristas do período nazista, Carl Schmitt, explorando sua concepção da Política sob a perspectiva da relação amigo- inimigo. Assim, é necessário ter uma percepção política de inimizade que é capaz de dar fundamento para o Direito.

Logo, é evidente que todos os institutos da Dogmática Penal Nazista foram construídos para atender ao objetivo do Direito Penal alemão daquele tempo; portanto, é primordial a análise do cenário político que propiciou o surgimento de tais institutos, bem como a aplicação destes por parte do Tribunal do Povo.

Cabe nesse momento lembrar a função do Direito Penal nazista a fim de fazer o recorte necessário para assimilar a instrumentalização da Dogmática Jurídica Penal para consolidação do regime nazista. Nas palavras de Francisco Muñoz Conde (2019, p. 12):

Atribuíram ao Direito Penal a função de “extermínio” dos chamados “estranhos à comunidade” ou “parasitas sociais”, entre os quais não somente eram incluídos os delinquentes habituais e os homossexuais, mas também os chamados *Untermenschen*, raças inferiores.

Como exposto, o Direito Penal alemão assumiu a função de aniquilamento daqueles inimigos da comunidade ou dos “parasitas sociais”, em busca da supremacia ariana. Neste sentido, a Dogmática Jurídica Penal, em consonância com o regime político nazista, almejava a pureza e a higiene racial da “comunidade do povo”, eliminando, assim, os elementos estranhos em sua concepção.

Partindo dessa ideia, urge esclarecer que a estruturação dos institutos penais nazistas é derivada da função que o Direito Penal alemão se propôs a atender, ou seja, os institutos são a materialização da atribuição de “autolimpeza do corpo popular, cuja meta não é só a de combater o oponente, mas sim a de aniquilá-lo” (ZAFFARONI, 2019, p. 123).

Expostas essas considerações, cabe retomar a ideia desenvolvida por Carl Schmitt, que entendia a Política como relação amigo-inimigo. Em sua obra “O conceito do político”, o autor se propõe a dissecar a natureza da Política, estabelecendo que o “conceito de Estado pressupõe o conceito do Político” (SCHMITT, 2008, p. 19), ainda que seja perceptível uma distinção conceitual entre estes e, baseado nisso, fundamenta o conceito do Político calcado na polaridade entre amigo e inimigo.

Assim, ao longo de seu pensamento (SCHMITT, 2008, p. 27), versa que:

Uma definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. [...]. A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo.

A partir disso, Schmitt constrói a concepção do inimigo político como alguém ou algum grupo que representa uma ameaça à existência, aos interesses ou à identidade de uma comunidade política e, ainda, frisa que a capacidade de identificar e definir o inimigo político é fundamental para a compreensão da Política. Nesse sentido, afirma (SCHMITT, 2008, p. 28, grifo nosso):

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócio com ele. **Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para a sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido**, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial”.

Ademais, o autor alemão argumenta que a essência da Política está na distinção entre "amigo" e "inimigo", sustentando que a verdadeira natureza do político é revelada quando uma comunidade política identifica seus inimigos e toma medidas para proteger seus interesses e valores contra eles. Em outras palavras, o elemento distintivo da Política é a capacidade de definir quem é o "inimigo" e agir de acordo com essa distinção.

Em esclarecimento à ideia de inimigo desenvolvida pela teoria de Carl Schmitt, Bernardo Ferreira (2004, p. 98-99) pontua que:

O outro se torna o meu inimigo quando aquilo que ele é representa para mim a negação daquilo que eu sou, daí a possibilidade de combatê-lo para preservação da minha própria forma de existência coletiva [...]. A inimizade constitui, portanto, a expressão mais radical da experiência da alteridade, ou seja, a circunstância em que a diferença é percebida como uma negação absoluta. [...]. A inimizade não depende apenas de um juízo sobre a natureza do outro, mas envolve

também um juízo subjetivo a respeito daquilo que se imagina ser central na existência do grupo, e que o outro parece negar.

Posto isto, Schmitt dispõe que a capacidade de identificar tal inimigo e tomar decisões políticas em relação a ele é um ato de soberania; ainda, relaciona essa ideia de soberania a uma figura de autoridade que detém responsabilidade e poder o suficiente para definir o inimigo e decidir as medidas a serem tomadas diante do posicionamento adotado (SCHMITT, 2006, p. 7-18).

Cabe salientar que a decisão não pode ser tomada de forma aleatória por qualquer indivíduo que deseje, mas sim por quem possua autoridade legítima para o ato. Portanto, compete somente ao soberano deliberar sobre a identificação do inimigo e seu seguinte aniquilamento; dessa forma, a decisão soberana se justifica quando se torna a decisão que prevalece sobre todas as outras, impondo-se e adquirindo – por muitas vezes – um caráter autoritário (SCHMITT, 2006, p. 7-18)⁶.

Dessa forma, a verdadeira natureza do político é revelada quando uma comunidade política identifica – a partir das definições soberanas – seus inimigos e toma medidas para proteger seus interesses e valores contra eles.

Relacionando com a Doutrina Penal da Alemanha nazista, percebe-se que há uma distinção fundamental entre os ditos amigos do regime – os membros que compunham a comunidade do povo, que compartilhavam o mesmo senso de dever e hegemonia de valores, do estilo de vida e da visão de mundo da raça ária – e os inimigos – os marginalizados e estranhos, ou seja, aqueles que ameaçavam aos valores básicos da civilização segundo a comunidade do povo: judeus, homossexuais, deficientes físicos, alcoólatras e demais “parasitas sociais”.

⁶ Para um aprofundamento desta visão política Schmittiana, vide: BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga. COURA, Alexandre de Castro. Constitucionalismo e democracia no pensamento antiliberal. In: **Direito, Política e Constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Curitiba: CRV, 2014.

Nestes termos, os grupos perseguidos pelos nazistas são intrinsicamente configurados como inimigos, uma vez que “outro se torna o meu inimigo quando aquilo que ele é representa para mim a negação daquilo que eu sou” (FERREIRA, 2004, p. 98).

Assim, a partir da vontade do Führer – soberano legítimo – como marco institucional para se operar o Direito e a Política, ocorre a formulação de uma Dogmática Jurídica Penal, cujo institutos são os responsáveis pela consolidação do regime nazista, visto que propiciam a aniquilação – função do Direito Penal – dos tidos como inimigos do Estado alemão.

Este inimigo, que não era pertencente à comunidade do povo alemão, era quem colocava em xeque a relação da amizade política. Por esse motivo, legitimava-se aquele Direito Penal desproporcional e abusivo – que usou inclusive da pena de morte para aqueles que descumpriram os valores inerentes à comunidade do povo –; Direito esse que estava calcado no terror e em uma perspectiva racial ariana.

Dissecando a definição racial que fundamentou os inimigos da comunidade do povo, Hannah Arendt aborda o racismo como uma ideologia central que foi explorada por regimes totalitários para justificar a opressão, o genocídio e a eliminação de grupos étnicos e minorias. Assim, para a autora (ARENDR, 2013, p.147):

O racismo pode destruir não só o mundo ocidental mas toda a civilização humana. [...]. Pois, não importa o que digam os cientistas, a raça é, do ponto de vista político, não o começo da humanidade mas o seu fim, não a origem dos povos mas o seu declínio, não o nascimento natural do homem mas a sua morte antinatural.

Nesse sentido, é expreso o uso do racismo como instrumento capaz de incitar barbárie e refletir na destruição de um grupo de pessoas. A autora ainda destaca que a ideologia racial não foi uma invenção alemã, ou seja, ainda que o racismo tenha sido absolutamente eficaz na aniquilação dos inimigos nazistas, não é exatamente uma “arma nova ou secreta” (ARENDR, 2013, p. 148).

Dessa forma, percebe-se que o racismo forjou conflitos ao longo dos anos, e o pensamento de superioridade racial arraigado entre os nazistas alemães foi um dos responsáveis pelo terror que se instaurou com a Segunda Guerra. Hannah Arendt (2013, p. 150), ainda ressalta:

Porque a verdade é que as ideologias racistas ingressaram no palco da política ativa no momento em que os povos europeus já haviam preparado, e até certo ponto haviam realizado, o novo corpo político da nação. O racismo deliberadamente irrompeu através de todas as fronteiras nacionais, definidas por padrões geográficos, linguísticos, tradicionais ou quaisquer outros, e negou a existência político-nacional como tal. A ideologia racial, e não a de classes, acompanhou o desenvolvimento da comunidade das nações europeias, até se transformar em arma que destruiria essas nações.

Ainda, outra característica marcante do Regime Totalitário Nazista foi a utilização do terror como ferramenta de controle estatal, ou seja, para alcançar o domínio da população e a manutenção do poder faziam uso de um terror sistemático, “assim, sem necessidade e capacidade de refutar argumentos contrários, preferiram métodos que levavam à morte em vez da persuasão, que traziam terror em lugar de convicção” (ARENDR, 2013, p. 280).

A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, como o conhecemos hoje, ataca sem provocação preliminar, e suas vítimas são inocentes até mesmo do ponto de vista do perseguidor. Esse foi o caso da Alemanha nazista, quando a campanha de terror foi dirigida contra os judeus, isto é, contra pessoas cujas características comuns eram aleatórias e independentes da conduta individual específica. (ARENDR, 2013, p. 17)

Desse modo, observamos a condenação sem critério de vítimas inocentes, que foram tidas como inimigas do Estado, com base no terror, as quais ficaram à mercê de sua tirania.

Após as considerações acima elencadas, espera-se ter alcançado o objetivo de evidenciar os condicionamentos políticos e culturais da construção da Dogmática Penal Nazista, assentados na relação de inimizade política, na superioridade racial e no uso

regular do terror, evitando, portanto, o “encapsulamento” dos institutos penais da época do nazismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto todo o exposto durante o Trabalho de Conclusão de Curso, é possível extrair que o Direito Penal – através de uma construção jurídica condicionada por fatores históricos, políticos e culturais – é capaz de servir como um instrumento de controle e de manutenção do poder, bem como legitimar barbáries e extermínio dos ditos inimigos do regime.

Além disso, é crucial destacar a atual relevância desse tema diante do ressurgimento de sistemas políticos de extrema direita em todo o mundo. Desse modo, o espanto e horror ligados ao Direito Penal Nazista – que é um exemplo prático de um sistema associado à extrema direita – devem se manter no imaginário coletivo a fim de afastar a repetição do uso de meios jurídicos para alcançar objetivos políticos de extermínio.

Logo, não é difícil perceber que, dado o contexto histórico atual, a possibilidade de aniquilação de grupos considerados inimigos permanece uma preocupação válida e a presença de uma variedade de sistemas jurídicos de extrema direita no contexto histórico contemporâneo reforça essa perspectiva inquietante.

Nesse raciocínio, também cabe salientar as implicações e as referências práticas que a herança das ideias do regime totalitário deixaram nos dias atuais. Assim, frisa Nilo Batista (2015, p. 11):

Se o direito penal da vontade foi uma espécie de caricatura dos inúmeros subjetivismos “respeitáveis” que o antecederam e o sucederam, a política criminal propugnada por Freisler repercute preocupantemente em formulações recentes e contemporâneas. É como se, a despeito da derrota do nazismo como projeto político, muitas de suas idéias [sic] houvessem sobrevivido e mesmo, a exemplo de tantos de seus partidários, emigrado clandestinamente para outras paragens, inclusive para o continente americano.

Isto posto, é possível observar a repetição de padrões ligados ao aniquilamento do “próprio tipo do perturbador da paz”, identificado como “inimigo” (BATISTA, 2015, p. 11), apresentando-se em uma nova roupagem, mas mantendo a mesma estrutura.

Nilo Batista ainda oferece exemplos da perpetuação da política criminal nazista em nossas próprias propostas político-criminais de combate. Destaca-se o posicionamento bélico no tocante à “guerra contra as drogas”; desse modo, pontua (BATISTA, 2015, p. 12):

No Rio, a palavra “paz” está sendo inexoravelmente desmoralizada pelo programa das Unidades de Polícia Pacificadora, que compartilha algumas características com o modelo do “campo”, que tanto deve ao nazismo, e tem origem no controle da peste, como se observa na descrição de Foucault: “Trata-se nesses regulamentos relativos à peste de quadrilhar literalmente as regiões, as cidades no interior das quais existe a peste, com uma regulamentação indicando às pessoas quando podem sair, como, a que horas, o que devem fazer em casa, que tipo de alimentação devem ter, proibindo-lhes este ou aquele tipo de contacto [sic], obrigando-as a se apresentar a inspetores, a abrir a casa aos inspetores”. Uma UPP é exatamente isto, com a diferença de que ao invés de abrirem suas casas à inspeção os moradores têm seus lares invadidos pela polícia, autorizada por um mandado de busca domiciliar genérico que não tem qualquer fundamento legal.

Ademais, o autor (BATISTA, 2015, p. 13) continua a destacar tais similitudes, concluindo que:

A criação publicitária do estereótipo do inimigo é o passo prévio: lá, “judeus” e “comunistas”, aqui “traficantes” e “corruptos”. O mesmo desprezo pelos princípios do velho e bom direito penal liberal. Na sucessão de crises, uma única economia floresce, alheia ao turbilhão dos mercados, a maior empregadora, a indústria do controle do crime. Juízes moralistas. Polícia por todos os poros. Judicialização do cotidiano. Criminalização das manifestações. Para onde estamos indo?

Diante do exposto, é imperativo ressaltar que, ainda que as condições para uma alteração no sistema penal de uma sociedade capitalista se mostrem inalcançáveis, é crucial defender, pelo menos, uma restrição do poder do Estado em prol da dignidade e da liberdade dos indivíduos. Em outras palavras, que se possa oferecer, com base no conhecimento de um Direito Penal bárbaro, a defesa argumentativa e prática de um Direito Penal de garantias, resultando, assim, na diminuição da operatividade penal violadora de tais direitos e garantias fundamentais.

Por fim, urge apontar o papel dos juristas que no período nazista da Alemanha foi significativo para a implementação das políticas do regime, contando para isso com o

comprometimento de “um grupo de jovens juristas, não só advogados criminalistas, ambiciosos e entusiastas com o novo regime, a que decidiram outorgar todo seu apoio [...] para introduzir o pensamento jurídico nazista nas vísceras da Ciência Jurídica alemã” (CONDE, 2019, p. 16).

Objetivando a reconstrução de uma Dogmática Penal Nazista, até mesmo renomados juristas como “Edmund Mezger, que, na etapa política anterior, tinha escrito um magnífico Tratado de Direito Penal conforme os padrões da Dogmática Penal tradicional, não teve receio de elaborar novos conceitos” (CONDE, 2019, p. 16), que foram previamente abordados neste trabalho.

Portanto, é perceptível que os juristas devem ter uma visão mais crítica no tocante à possibilidade de desempenharem um papel crucial na legitimação de determinados sistemas políticos; assim, os mesmos devem negar a atualização de conceitos tipicamente operados em sociedades democráticas para atender aos moldes de um regime totalitário.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

BALESTRA, Carlos Fontan. **Tratado de Derecho Penal**: introducción y parte general. Buenos Aires: Arayú, 1953.

BATISTA, Nilo. Atualidade de Roland Freisler. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 5-14, jan./abr. 2015.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012.

BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga. COURA, Alexandre de Castro. Constitucionalismo e democracia no pensamento antiliberal. In: **Direito, Política e Constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Curitiba: CRV, 2014.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v.1. São Paulo: Saraiva, 2023.

BONAFIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral – arts. 1º a 120. v.1. São Paulo: Saraiva, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. In: **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

LEONEL, Wilton Bisi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A recepção neoconservadora estadunidense da crítica de Leo Strauss ao projeto moderno weberiano de uma ciência livre de valores. In: **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, RS, v.34, n.1, jan./abr. 2020.

MORAIS, José Victor Ibiapina Cunha; ANDRADE, Mariana Dionísio de. Resolução n. 15/2021 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, as alterações na tramitação de inquéritos policiais e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 24, n. 1, p. 167-194, jan./abr. 2023.

MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 16, n. 31, p. 119-129, jan./jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHMITT, Carl. **Conceito do Político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. 1. ed. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

_____; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.