

Capítulo IV

CONFUSÃO POLÍTICO PENAL

A. AS ORIGENS DA CONFUSÃO DISCURSIVA

1. CONTINUIDADE OU CESURA NO PENSAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL?

A natureza *política* da dogmática jurídica penal é manifestada em cada sistema interpretativo e o atravessa por completo, porque ao advogado criminalista lhe é impossível obter coerência sem partir da atribuição de certa função ao direito penal, à pena, aos limites do poder punitivo. Necessariamente, a pouco ou a nada disto poderá responder sem encaixá-lo em certo modelo de sociedade que, por sua vez, é produto do seu contexto e da sua interação com sua própria visão do mundo e do ser humano.

Estas questões *de base* compõem a dogmática e estendem-se ao campo político puro quando o advogado criminalista pretende que se convertam em lei, quer dizer, quando abertamente propõe ou critica a lei, porque não pode evitá-lo, dado que cada um de nós – os seres humanos –, caso pudéssemos, configuraríamos o mundo de modo diferente. Coincidiríamos mais ou menos com outros, dando origem a perspectivas que podem ser liberais, socialistas, totalitárias, democráticas, solidárias, individualistas, e um grande conjunto de variáveis e matizes.

Este terreno *de base* do trabalho dogmático é estendido à política mesma (legislativa), como um efeito *paradigmático*. É a este pilar básico de toda construção dogmática, com capacidade de eventual extensão ao político legislativo, que chamamos de *político penal*, com a advertência de ser algo diferente daquilo que usualmente costuma conhecer-se como *política criminal*, pelo menos se por isto se entende a *luta contra o delito*, expressão muito pouco clara.

Em resumo: o *político penal* é o conjunto de orçamentos diretamente políticos que cada advogado criminalista adota conforme a sua cosmovisão para realizar sua tarefa interpretativa, visando projetá-la na jurisprudência, e

que, eventualmente, estende-se ao campo legislativo como crítica à lei ou projeção de lei.

Neste terreno, quando centramos a atenção nas discussões da ciência jurídico penal dos anos que nos ocupam, não parece possível apontar uma *ruptura total* entre as posições e ideias prévias ao nazismo e as do próprio período nazista, pois na realidade se percebe uma certa *continuidade estrutural*²⁵¹, que foi atribuída a uma radicalização da tendência *lisztiana* que estava dominando os trabalhos de reforma, embora não só a esta última.

Vormbaum assinala, como tendências prévias, a *materialização* (menos formas jurídicas), *funcionalização* (domínio da ideia de *fim*), *etização* (confunde-se moral e direito) e *subjetivação* (relewa-se o *interior* do autor). O nazismo teria operado uma radicalização ou aceleração destas características, tanto quantitativa (atenuação meramente facultativa da tentativa, a dupla via com a medida para delinquentes habituais de 1933, etc.) como qualitativamente (esterilização forçada, proteção do sangue, etc.)²⁵².

Na realidade, o *perigosismo positivista* que se espalhava pelo mundo, em especial devido a italianos e franceses, por muito que fosse matizado por von Liszt, nunca deixou de ser *por essência* um discurso biologista que legitimava uma intervenção desmesurada e seletiva das polícias e expressava-se em um *acordo* entre uma polícia que crescia em poder, mas carecia de discurso²⁵³, e uma corporação médica com discurso e que queria poder.

Outra coisa aconteceu na Alemanha: o discurso *perigosista* foi se instalando nos trabalhos da reforma legislativa —matizado por von Liszt, mas sempre *perigosista* —, até que o nazismo o radicalizou e adicionou a cruz gamada.

É verdade que os dois discursos (positivista e nazista) partem de certo pressuposto diferente — como vimos —, pois, enquanto um sonhava com a realidade do organismo social (conforme o racismo evolucionista spenceriano), o outro defendia o dever de construir ou restabelecer o organismo

251. Cfr. Thomas Vormbaum, *Eduard Kohlrausch (1874-1948). Opportunismus oder Kontinuität?*, em *Fest 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, op. cit., p. 523 e ss.

252. *Ibidem*, pp. 536-541; no mesmo sentido de negação de ruptura e de mera excepcionalidade do acontecido nesses anos, Wolfgang Naucke, *NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?*, em *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, op. cit., p. 360 e ss.; no mesmo sentido, Joachim Vogel, op. cit., p. 14.

253. A carência de discurso policial, à medida que aumentava seu poder na primeira metade do século XIX, foi colocada em evidência na França pelo concurso aberto pelo Colégio da França sobre as classes perigosas nas grandes cidades, que teve como resultado o trabalho bastante ineficaz de Honoré Antoine Frégier, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruxelas, 1840.

imaginado (conforme o racismo involutivo originário de Gobineau); mas os dois correspondiam a posicionamentos *sistêmicos ou organicistas da sociedade*, embora *alucinado* por uns e *sonhado* por outros.

É verdade que os primeiros atribuíam ao poder punitivo uma função *leucocitária* que eliminasse os *entes patogênicos* do organismo social que acreditavam ser real, enquanto os segundos procuravam eliminar as células cancerígenas que dificultassem o crescimento do organismo que estavam instalando.

Talvez provoque confusão o fato de que o positivismo criminológico alemão — por razões nacionalistas — quis sempre distanciar-se de Lombroso ou de Lacassagne²⁵⁴, mas a verdade é que tal *ruptura* entre o organicismo (ou visão sistêmica social) dos positivistas e dos nazistas não era tão radical, haja vista que o último compartilha com o *perigosismo* — vigente no mundo há mais de meio século antes do nazismo — um fundo comum racista, *eugenésico* e discriminatório, próprio do quadro geral do racismo neo-colonizador europeu.

O nazismo, dado que sua essência era a de um *programa político radical de construção de um sistema*, precisava inventar um *inimigo* de seu projeto de instalação de sociedade sistêmica, diferente ao do positivismo criminológico spenceariano, cujos inimigos *internos* eram as classes subalternas e os atávicos parecidos com os colonizados. Carl Schmitt viu esta necessidade com clareza e oportunismo e pretendeu elevar a *invenção do inimigo* à condição de essência da política. Um projeto genocida não pode ignorar que todo crime em massa vem precedido de um prévio processo de insensibilização²⁵⁵ e, por conseguinte, a invenção do inimigo para a simulação de guerra é imprescindível²⁵⁶. Para este fim, não encontrou nenhum grupo mais idôneo que o dos judeus como candidato a *bode expiatório*, mas, embora o tenha escolhido, não o inventou, convertendo o antissemitismo *econômico* em *racista*, tarefa a que a direita reacionária e monárquica francesa — como vimos — havia se adiantado bastante e que, além disso, ficou facilitada pelo paradigma racista imperante.

A verdade é que o nazismo não teve muito de original no plano ideológico, pois, em suma, adotou material disponível, radicalizou-o e levou as

254. A versão penal do positivismo criminológico próximo de Ferri, com a teoria da *ação sintomática*, embora enunciada no início do século XX na Alemanha, não teve eco posterior nessa versão (em especial são citadas sempre como dado meramente histórico, Ottokar Tesar, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, Berlim, 1907; Horst Kollmann, *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, Breslau, 1908).

255. Cf. Herbert Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 199.

256. Assim foi inclusive para os nossos povos originários; cf. Eduardo Luis Aguirre, *Delitos contra a humanidade e genocídios* (tese) Universidade de Sevilla.

consequências derivadas disso até uma *praxe* desumana e feroz. A sua originalidade, em verdade, esteve na brutal e insólita criminalidade genocida da sua *praxe*, que os europeus apenas haviam levado a extremos análogos sobre populações colonizadas.

Neste último sentido, Vormbaum teve toda razão, pois é verdade que foi uma intensificação e radicalização quantitativa e qualitativa que chegou até altíssimos e incríveis níveis de crueldade, mas tampouco foi totalmente orgânica nem ordenada, posto que avançou por impulsos, surtos ou vômitos de avanço do poder *policia*l descontrolado.

2. A CRÍTICA A VON LISZT CONFUNDE

Desde os discursos político-criminais alemães da época as coisas não aparecem tão claras, devido ao rechaço geral nazista da famosa frase de von Liszt sobre a suposta *Carta Magna do delinquente* e à sua conseguinte estigmatização, que, por vezes, chega ao paroxismo e provoca desconcerto e confusão.

Algumas vezes incorreu-se diretamente no delírio. Assim, foi dito que a psicologia *criminal judaica* estava direcionada a debilitar o poder punitivo do Estado como forma de debilitar o Estado mesmo, a partir de afirmar que *o crime é uma doença do corpo social que não pode reconhecer-se no indivíduo e ainda menos combatê-la efetivamente nele*. Segundo o delírio nazista, para a psicologia criminal judaica *o crime será o sintoma de um Estado social coletivo e, por conseguinte, só pode ser combatido mediante reformas sociais*.

Afirmavam que, com este objetivo, a criminologia judaica baseava-se em estatísticas e com Freud chegava ao ápice: *mas o criminal procura a pena no crime, o que o libera do seu pré-existente sentimento de culpa. A estatal instituição da pena não dissuade o delinquente, mas sim precisamente o impulsiona em sentido contrário, em direção ao fato criminoso. Aqui ficou tudo confuso: a pena não é consequência do delito, mas sim justamente o contrário, o delito é consequência da pena. O sentimento de culpa não resulta do delito, mas sim o delito do sentimento de culpa. Nesta inversão geral, fica só a graça perante a soberania punitiva do Estado com as mãos vazias. Não às penalidades! [...] Abolindo as penas extinguir-se-ão os delinquentes ou converter-se-ão em neuróticos inofensivos. Com esta elegante conclusão, de modo original, a psicanálise arranca a espada da mão da justiça*²⁵⁷.

Em suma, segundo esta interpretação delirante, toda a *criminologia*

257. Max Mikorey, *Das Judentum in der Kriminalpsychologie*, em *Das Judentum in der Rechtswissenschaft*, 3. *Judentum und Verbrechen*, op. cit., p. 61 e ss.

judaica (Lombroso, Aschaffenburg, Freud) dizia respeito a uma imensa conspiração mundial para destruir o poder punitivo do Estado e impor a revolução bolchevique: *a história política da psicologia criminal judaica é só um capítulo do grande drama histórico mundial de confrontação entre os grupos de poder fascista nacional-socialista e judeu bolchevique, que marca o nosso século. Só neste grande contexto histórico mundial são compreensíveis as tremendas mudanças pioneiras da psicologia criminal judaica*²⁵⁸.

Para os nazistas, o delito — assim como trezentos anos antes a peste bubônica — espalhava-se por obra dos judeus: *É obviamente compreensível que, durante os anos de domínio judeu, tenham sido realizados todos os esforços possíveis para desculpar e, na medida do possível, prescindir de pena e, quando não havia outra solução, tornar a vida no estabelecimento penal o mais agradável possível. Algo que chocava os judeus como completamente desumano era a pena de morte. Com estas visões do estamento então dominante, a polícia e a justiça criminal foram se convertendo cada vez mais em ridículos espantalhos, que nenhum criminoso levava a sério. A criminalidade crescia como a erva. Os partícipes do direito decentes estavam fora da lei*²⁵⁹.

Este discurso termina afirmando que *criminoso* é quem com a sua atividade prejudica os *interesses comuns*, por isso, diante do *tumor liberal*, impõe-se um Estado que cumpra o *dever de proteger os partícipes do povo decentes, laboriosos, valiosos, de ajudá-los em sua necessidade, de aliviar e facilitar-lhes a vida; o único que cabe contra a criminalidade daninha ao povo é a dureza sem piedade. Penas fortes para retribuição e expiação do delito exige o são sentimento de justiça do povo. Só mediante a severidade pode ser contido o criminoso incorrigível da comissão de ulteriores delitos e, sendo necessário, enclaustrá-lo. A piedade em relação ao criminoso equivale à falta de compaixão em relação à população decente. Posto que cada atenuação perante a criminalidade significa para esta um incentivo, importa uma continuação e inclusive um aumento da sua atividade criminal em nome das pessoas honoráveis*²⁶⁰.

Estes embates irracionais contra o positivismo de von Liszt — com expressões que se reproduzem hoje cotidianamente nos meios de comunicação sem a cruz gamada — criaram sérias confusões, porque a verdade é que a chamada *luta*

258. *Ibidem*, p. 82.

259. Hans Fabricius, *Das Programm der nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*, em Lammers, Hans e Pfundtner, Hans (eds.), op. cit., t. I, Gruppe I, Beitrag 6.

260. Invoca o ponto 18 da NSDAP (el *Programm der nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*, em Alfred Rosenberg, *Das Wesensgefüge des Nationalsozialismus. Grundlagen der deutschen Wiedergeburt*, Munique, Eher, 1934, p. 74).

de escolas do fim do século XIX e início do XX não tinha quase nada de liberal, como hoje se evidencia por parte dos historiadores de maior prestígio, e inclusive duvida-se de que tenha sido verdadeiramente uma *luta de escolas*²⁶¹.

A leitura de von Liszt de Francisco Muñoz Conde é extremamente ilustrativa. Cita o seguinte parágrafo de Liszt: *a pena deve ser em alguns estabelecimentos (de disciplina ou casas de trabalho) executada em comunidade. Corresponde a uma "pena de servidão" (Strafknechtschaft) com forte trabalho forçado e o máximo aproveitamento possível da força de trabalho; como pena disciplinadora almeja-se a de açoites; o inevitável e realçado caráter desonroso desta pena impõe como consequência a perda dos direitos cidadãos inerentes à honra: Em algum caso especial, poderia só impor-se como pena disciplinadora unida a prisão às escuras e o jejum rígido*²⁶².

O professor de Sevilha reproduz um parágrafo da carta de Liszt a Dochow, em que diz: *o delinquente habitual deve ser inócuo, e, certamente, que a custo seu e não ao nosso. A sua alimentação, seu ar, seu movimento, entre outros, conforme princípios racionais, é um abuso orçamentário*. Esclarece que Liszt não se pronunciava contra a pena de morte, que considerava uma questão política e não humanitária²⁶³.

Afirma este autor, com razão, que, para von Liszt, havia dois direitos penais: o que se aplicava ao delinquente normal e o que se aplicava ao habitual ou incorrigível; este último não parecia ter limite. A pena, por conseguinte, podia ter um objetivo ressocializador para os delinquentes que requeriam a inserção social, de mera dissuasão para os que não a requeriam e de inócuo para os incorrigíveis e habituais. A introdução nazista da pena indeterminada para o delinquente habitual em 1933 é de autêntico cunho lisztiano²⁶⁴.

Cabe observar que esta não é só uma valoração atual do pensamento político criminoso de von Liszt, pois, em tempos da confusão gerada por estes ataques, saiu em defesa deste seu último discípulo e fiel seguidor — Georgakis

261. Cfr. Wolfgang Naucke, *NS-Strafrecht als Teil einer längeren Entwicklungslinie im Strafrecht*, em Franz Jürgen Säcker (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 2009, p. 233 e ss.; Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 137 (sobre o Programa de Marburgo, p. 125; o antiliberalismo dominante na doutrina, p. 160; projetos de esterilização em tempos de Weimar, p. 165); sobre o antiliberalismo em tempos de Weimar, Eduard Rabofski e Gerhard Oberkötter, *Verborgene Wurzeln der NS-Justiz. Strafrechtliche Rüstung für zwei Weltkriege*, Wien-München-Zürich, Europaverlag, 1985.

262. *Strafrechtliche Vorträge*, de Liszt, t. I, p. 170.

263. Francisco Muñoz Conde, *Franz von Liszt (1851 - 1919) als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker*, em *Fest. 200 Jahr Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, op. cit., pp. 439 e ss. 446 (ver Francisco Muñoz Conde, *La herencia de Franz von Liszt*, em RDP e PP, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 22 e ss).

264. Também Thomas Vormbaum, *Einführung*, op. cit., p. 189.

—, rebatendo a crítica do trabalho pioneiro de Kiel de Dahm e Schaffstein, os quais lhe tinham atribuído a *emasculação da justiça penal e um destaque unilateral na ideia de humanização do direito penal*.

O discípulo de Liszt afirmava que *seria um grande erro identificar este ideal educador clássico humanista que Liszt imaginava — por outra parte, igual ao de muitos seguidores da ideia de expiação — com um sonho correcional na teoria penal*²⁶⁵. Em nota, destacava que ele não pode ser chamado de debilitador do direito penal ao não se pronunciar contra a pena de morte, que, embora não lhe fosse simpática, não deixa de considerar uma medida de segurança social indispensável.

Georgakis afirmava que todos os esforços reformadores de Liszt eram justamente contra a debilitação da justiça penal do seu tempo. Lembra que Liszt considerava sem sentido esperar que os delinquentes habituais melhorassem, pois aos incorrigíveis (*Unverbesserlichen*) destinava a pena de segurança. *A execução desta pena, apesar da relativamente colorida expressão “pena de segurança”, não é concebida por Liszt como um suave e formoso tratamento do delinquente. O conteúdo desta pena é a privação da liberdade extensa, a vigilância estreita, a dura disciplina, a coação ao trabalho e a mais detalhada regulamentação de toda a vida da manhã até a noite*²⁶⁶.

Acrescentava seu fiel discípulo que a ideia de melhoramento na pena tem pouco espaço para Liszt, pois praticamente não tinha esperanças em relação aos delinquentes maiores. *Para o delinquente maior, Liszt não tem nenhuma esperança de educação*²⁶⁷.

Desmentia Georgakis enfaticamente que por Liszt ter sido determinista *tudo se compreende e tudo se perdoa*, pois nunca fez do princípio causal um dogma de desculpa do delinquente. Destacava que precisamente em seu trabalho sobre a imputabilidade, no qual extrai as mais extremas consequências da sua posição determinista para a teoria do delito, opõe-se ferrenhamente à debilitação e à indulgência para o delinquente: *devemos ir adiante na luta contra o delito, com mais força, mais extensamente e mais conscientes do objetivo que até agora [...] devemos enfrentar também o delito individual intimidando, sem nenhuma falsa debilidade, melhorando, precisamente como deve ser*²⁶⁸.

265. Estabelecia distância nisso entre von Liszt e o correcionalismo krausista do século XIX de Roeder.

266. Jannis A. Georgakis, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, Lipsia, Weicher, 1940, p. 41.

267. *Ibidem*, p. 42.

268. *Ibidem*.

3. TAMBÉM CONFUNDE A LUTA DE ESCOLAS: BINDING LIBERAL?

Embora a estigmatização nazista de von Liszt como *liberal* ou *socialista* gere confusões, a maior confusão em que se pode incorrer em uma visão superficial das discussões da época é tentar identificar a confrontação *Binding-Liszt* com a que — embora nunca tenha existido — a doutrina italiana construiu entre Carrara e Ferri, apesar de Liszt ter sido um *Ferri matizado* em muitos sentidos.

A princípio, é mais que duvidoso que tenha existido na Alemanha no fim do século XIX e no início do XX uma verdadeira *luta de escolas*²⁶⁹, mas, além disso, Binding, de modo nenhum, era um liberal. Esta tampouco é uma valoração atual do pensamento de Binding, posto que se destacou claramente nos anos analisados.

Basta lembrar que Georg Dahm afirmava com ênfase que Binding estava *vivo* no direito penal fascista²⁷⁰, mas Rauch explicou ainda mais em 1936: fora de que Liszt era determinista e Binding indeterminista, *o conceito de Estado que dominava nos tempos de Binding não era o do Iluminismo nem o do contratualismo, mas sim um conceito de Estado e direito positivo forte, que devia garantir sua autoridade para garantir a paz entre os habitantes, talvez um pouco influenciado pelo romantismo*²⁷¹.

Rauch afirmava que Binding tinha sido um dos primeiros expoentes deste conceito autoritário, de que se afastavam mais Beling e Nagler. *A posição conservadora – autoritária de Binding aparece claramente em seu conceito de norma, que é ponto angular de toda a sua concepção penal: a norma é para Binding uma ordem vinculadora da superioridade, que exige do indivíduo uma obediência incondicional*²⁷². *Na dupla cara da norma, o nullum crimen sine lege, para Binding era a expressão do limite entre o Estado e o súdito e, embora fosse uma garantia para ambos, não deixava de reconhecer que em primeiro termo a determinava o interesse do Estado. Para Binding, o nullum crimen e a pena legal eram uma afirmação da vontade punitiva do Estado perante o delinquente*

269. Põe-lo em dúvida Muñoz Conde, *Franz von Liszt (1851-1919)*, cit., também Wolfgang Naucke, *Schuldenstreit?*, em Ulfrid Neumann e Felix Herzog (eds.), *festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 559 e ss.

270. Então em *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, op. cit. Aparentemente, já havia sido observado por Hans von Hentig em 1928 (cfr. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, op. cit., p. 137).

271. Herbert Rauch, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, Lipsia, Weicher, 1936, p. 12.

272. *Ibidem*, p. 14.

e de modo nenhum uma Carta Magna deste²⁷³. Acreditamos que nunca foram escritas palavras mais claras para apontar a ideologia de Binding.

Esta opinião é compartilhada pela mais recente biógrafa de Binding, que afirma firmemente que este não defendia o princípio de legalidade interpretado como uma garantia ou segurança para o indivíduo, *mas sim como uma auto-obrigação do Estado mediante uma inequívoca regra legal*²⁷⁴. Além disso, Binding não distinguia entre criminalização e ilegalidade, a adesão à teoria do dolo era uma exigência para que o autor fosse um *inimigo da ordem jurídica*, ressaltava fortemente a ideia de *lealdade*, entre outras²⁷⁵. Tudo o que foi dito se fez sem prejuízo do trabalho póstumo de Binding-Hoche, ressuscitado anos depois para legitimar o assassinato em massa de doentes²⁷⁶.

É bastante óbvio que Binding foi um advogado criminalista dos tempos de Bismarck, em que o Estado que construía a unidade alemã devia fortalecer-se e reforçar-se²⁷⁷, razão pela qual o normativismo positivista jurídico de Binding não respondia mais que à autoridade do Estado e sequer era imposto a este pela dialética hegeliana: a norma *mandava*, apenas por emanar da autoridade do Estado.

Surpreende que Dahm e Schaffstein tenham afirmado que a escola de Liszt era *socialista*²⁷⁸, mas este juízo provinha do pensamento conservador autoritário dos seguidores de Binding. Assim, para o *neoclássico* Nagler, o determinismo levava ao bolchevismo: *o Estado de direito pressupõe indivíduos ativos conforme fins, não é sustentado por puros componentes naturais sem qualidade ética. Com a proeminência da ética cai também a mesma valoração jurídica. O ser humano está inserido no processo causal eterno e entregue por completo em mãos de algum poder. Esta degradação do indivíduo é comum a todos os tempos impessoais. O bolchevismo deu uma nova prova a respeito. Quando insere sem olhar o indivíduo em seu sistema de capitalismo de Estado, sem reconhecer a*

273. *Ibidem*, p. 37.

274. Citação a respeito disso na p. 22 de Lehrbuch (Daniela Westphalen, Karl Binding (1841 – 1920). *Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, Frankfurt, Peter Lang, 1989, p. 249); o mesmo em Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., p. 39.

275. Klaus Marxen, *op. cit.*, pp. 40-41.

276. Karl Binding e Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Belim, 2006, com a interessante introdução de Wolfgang Naucke, em que nega que isto contradiz o normativismo de Binding, mas em que o atribui à sua separação da norma e da lei (p. XXV). Em castelhano: *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, trad. de Bautista Serigós, com n. introdução, Buenos Aires, Ediar, 2009.

277. Existe um curioso livro escrito em 1931, no qual um general norte-americano compara administrativamente Bismarck com Mussolini: Charles H. Sherrill, *Bismarck e Mussolini. Studio sulla volontà di potenza*, Bolonha, Zanichelli, 1932.

278. Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

*sua proteção de uma esfera jurídica individual, chega às últimas consequências práticas da desintegração determinista do ser humano*²⁷⁹.

Todas estas ideias político criminosas cujas raízes provêm de fins do século XIX criaram um *quadro penal antiliberal* que se estendeu aos anos da república de Weimar²⁸⁰, o que é mister considerar para compreender os desenvolvimentos radicalizados deste *antiliberalismo penal* a partir de 1933. Pouco importa que a partir dessa data tenha havido legitimações que partiram para outros rumos ideológicos, porque, no fundo, não puderam superar nunca a base *perigosista* mais ou menos dissimulada sob a cruz gamada²⁸¹, nem tampouco uma obediência absoluta ao Estado e, sobretudo, ao *Führer*.

B. DISPARIDADE TEÓRICA SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

1. REPRESSÃO COMO ORDEM ÚNICA

*As diretrizes nacional-socialistas para o novo direito penal alemão não deixavam dúvidas sobre o caráter altamente repressivo deste, mas pouco esclareciam sobre o objetivo do poder punitivo sob o regime, salvo em termos muito gerais: depois de afirmar que o primordial é o dever de lealdade à comunidade popular e que a violação deste dever conduz à perda da honra, declara que a tarefa do Estado nacional-socialista é impor a devida punição expiatória a todo desleal que por sua infidelidade tenha sido separado da comunidade. A devida punição serve de fiança e de proteção à segurança da comunidade, mas serve também à educação e correção do delinquente e dos partícipes do povo ainda não perdidos*²⁸². Em seguida, acrescenta que *não toda agressão afeta a comunidade do povo com igual gravidade*, e que algumas devem ser deliberadas a um direito penal administrativo que teria de elaborar-se²⁸³. Conclui apelando sempre à justiça material: *no direito penal nacional-socialista, não é plausível nenhum direito ou nenhuma injustiça formal, mas sim unicamente a ideia de justiça material*.

Com estes conceitos bastante vagos, os autores da época não parecem coincidir mais que em um *direito penal de autor* e na repressão de todo o

279. Johannes Nagler, *Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers*, Estugarda, 1933, p. 56.

280. Cfr. Thomas Vormbaum, *Einführung*, op. cit., p. 160; idem, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*. Pollenza, Eum, 2013.

281. No penoso debate Mezger-Grispigni da RIDPP, de 1941, já citado, fica claro que a Grispigni resultava mais confortável legitimar a legislação nazista com o positivismo criminológico e o *perigosismo*.

282. Princípio nº 6, em Hans Frank (ed.) *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*. t. I., 4ª ed., Berlim, 1935.

283. *Ibidem*, princípio 8.