

são abstrações, enquanto o leitor espera valores concretos, realizações dos valores abstratos, aproximações do cumprimento das certamente justificadas exigências que o próprio Dahm propõe³⁶³.

C. A ESCOLA DE MARBURGO

1. UM NAZISMO RACIONAL?

Diante do ataque de Dahm e Schaffstein ao penalismo tradicional, que acomodava suas categorias aos valores nazistas, talvez a reação defensiva mais forte dos *tradicionais* tenha vindo de Erich Schwinge, cujas respostas foram conhecidas em seu tempo com o nome de *escola de Marburgo*³⁶⁴, a qual deu origem a uma forte disputa teórica com os de Kiel, que não preocupou o regime, pois não acarretou nenhum inconveniente aos de Marburgo³⁶⁵. Com segurança, os líderes consideraram que esta discussão ácida entre seus partidários era uma das habituais *lutas* no limitado *intragrupo penalístico*³⁶⁶. Além disso, é certa a observação de que, em suma, no plano político penal, *a doutrina da escola de Marburgo conduz aos mesmos resultados que a escola de Kiel e que o projeto oficial de reforma do código penal do Reich*³⁶⁷.

Nenhuma dúvida cabe a respeito da verdade deste juízo, embora se discutissem diferenças em questões dogmáticas menores.

Ocupar-nos-emos da *escola de Kiel* nos capítulos que seguem, mas é mister nos determos agora em Schwinge, porque, na realidade, a partir da crítica a uma doutrina penal, abandona a *aldeia penal*, com um discurso por completo original, que, ao criticar a posição romântica em que se apoiavam Dahm e Schaffstein — e apesar de que prudentemente são impostos

363. Wilhelm Sauer, *op. cit.*, p. 33, nota 2.

364. Quando foram publicados *Delito e tipo*, de Dahm, e *O delito como lesão ao dever*, do Schaffstein (*Verbrechen und Tatbestand*, de Dahm, e *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, de Schaffstein, ambos em Karl Larenz (ed.), *Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlim, 1935, pp. 62 e 108, respectivamente), desde Marburgo atacaram essas posições Erich Schwinge e Leopold Zimmerl com *Essência e pensamento da ordem concreta em direito penal (Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, L. Röhrscheid, 1937), a que, por sua vez, responderam os de Kiel com a publicação *Método e sistema do novo direito penal (Methoden und System des neuen Strafrechts*, Berlim, 1938), que continha *A disputa metodológica na ciência penal atual*, de Dahm (*Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*), e *Ilegalidade e culpabilidade na estrutura do novo sistema do direito penal*, de Schaffstein (*Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*).

365. Cfr. Thomas Vormbaum, *Einführung*, *op. cit.*, p. 189.

366. Erich Schwinge (1903-1994) dedicou-se ao direito penal militar, foi juiz em tribunais militares e condenou à morte numerosas pessoas, por isso, teve algumas dificuldades em sua atividade acadêmica depois da guerra.

367. Francisco Blasco e Fernández da Moreda, *As escolas de Kiel e de Marburgo, e a doutrina penal nacionalista*, *op. cit.*, p. 235 e ss (o título do artigo diz *nacionalista*, acreditamos que se trata de um erro de impressão porque não há razão, supomos que seja *nacional-socialista*).

limites—, passa a questionar a filosofia irracionalista que não só estava na base do direito penal e de todo o direito nazista, mas também no quadro ideológico do nazismo mesmo. Não obstante, longe de pretender sabotar o regime e suas irracionais leis penais, o curioso e original é que tenta resgatá-las do *racionalismo*.

Justamente, seu discurso quer demonstrar que pelo menos o *irracionalismo extremo* não é alemão, que seus cultores estão atentos a um pensamento estrangeiro, estranho ao *racionalismo* germânico. Por conseguinte, a sua crítica a Kiel vai além do resto dos advogados criminalistas da tradição teórica estratificada do delito: no fundo, Schwinge pretende dar *racionalidade ao nazismo*.

Em seu trabalho de 1935³⁶⁸, expõe extensamente estes pontos de vista, admitindo que a ideia de *totalidade*, que fundava a crítica de Kiel à teoria estratificada do delito (justificando sua teoria *unitária*), embora tenha tido importantes contribuições na psicologia, na biologia, na anatomia, na física, na linguística, etc., no período pós-guerra ocorreu uma *embriaguez de totalidade* (*Ganzheitsrausch*), que quase não deixou espaço para a investigação exata, sem levar em conta que a consideração conforme a *totalidade* não veda a análise das suas partes, cuja única forma de compreendê-las é justamente como *partes* da totalidade. Citando em seu favor Nagler e Engisch, afirmava que *nenhuma consideração como totalidade nos exime do dever de analisar*³⁶⁹.

Sustentava Schwinge que os de Kiel se baseavam em abstrações que não servem ao juiz para obter soluções. *As totalidades — escreve — que nos recentes escritos se enunciam como pontos diretores, são abstrações por completo vazias de conteúdo, das quais é impossível extrair uma concretização indubitável e segura.*

Citando Nagler, diz que Kiel expressa uma *inclinação ao não formado* (*Neigung zum Ungeformten*), contrapõe a forma ao relatório, a análise à impressão, entre outros, e afirma que a questão está em determinar qual destas duas possibilidades se ajusta melhor ao *sentimento jurídico do povo alemão*³⁷⁰. Responde que *o alemão exige clareza, precisão e limpeza lógica no direito. Para a pulsão psicológica que nele existe — valiosa em nossa vida comunitária —, é um horror tudo aquilo que careça de contornos, seja não formado e inapreensível no direito. De acordo com a visão alemã, pertencem ao direito as linhas precisas e os critérios gerais válidos que permitem decidir aquilo que é o lícito e o ilícito da*

368. Erich Schwinge, *Der Irrationalismus in der deutschen Rechtswissenschaft*, em *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1935.

369. *Ibidem*, p. 59.

370. *Ibidem*, p. 68.

lei e sem ser transferidos ao juiz. Neste sentido, a ideia do direito desempenha na estrutura anímica do alemão um papel dominante e pela sua essência característico. Por isso, Bismarck sentenciou que em matéria de direito para o alemão não há pequenezes. Isto é o resultado da longa história do secular desenvolvimento e refinamento do nosso sentimento jurídico popular. Sintetiza isto na fórmula ser alemão significa ser claro, e adiciona façamos que esta expressão também seja realidade na ciência jurídica³⁷¹.

2. O IRRACIONALISMO É ANTIGERMÂNICO?

Schwinge contrapõe a construção lógica dos conceitos jurídicos com a posição de autores que sustentam que em última análise só é possível determinar o justo e o injusto mediante uma espécie de “sentimento” ou “olhar” instintivo ou intuitivo, ou seja, o irracionalismo, cujo ingresso no direito é atribuído a Georges Sorel e que finalmente leva ao culto embriagado do bolchevismo³⁷².

Avança sobre o irracionalismo em todos os âmbitos: na teologia, aponta Rudolf Otto³⁷³, que afirmava que entre religião e racionalismo medeia uma oposição infranqueável; na medicina, a tendência à intuição e o tratamento total. Na filosofia, revisa Bergson, Dilthey, Simmel, Husserl e Klages como a filosofia da vida (*Philosophie des Lebens*). Faz síntese de Bergson: a inteligência não é capaz de compreender a vida, só a intuição. A análise, a fragmentação, mata a vida, que só pode ser compreendida em sua totalidade com sua fluidez através da intuição. Considera Dilthey irracionalista; Husserl, um introdutor de confusão; Spengler seria um predecessor e, como último nesta série, menciona Klages. É significativo que exclua Nietzsche do irracionalismo. Na ciência do direito, identifica como seguidores de Bergson os franceses Gény e Hauriou; na Alemanha, Kohler e Ludwig Bendix³⁷⁴. Lembra também Hermann Isay, quem sustentava que o juiz age por intuição, adota a posição de um sentimento de valor fundador imediato de um ato de fantasia, que é executado de modo totalmente alheio ao âmbito da lógica³⁷⁵. Ao citar franceses e judeus e excluir Nietzsche, implicitamente acusa os de Kiel de apoiar-se em reses

371. *Ibidem*, p. 69.

372. *Ibidem*, p.09.

373. Foi um famoso teólogo luterano (1869-1837) e a obra que Schwinge cita é *Das Heilige – Über das Irrationale in der Idee des Göttlichen und sein Verhältnis zum Rationalen*, publicada em 1917.

374. Bendix era judeu e foi internado em um campo de concentração, até que lhe foi permitido imigrar à Palestina, de onde foi aos EUA e morreu em 1954. Acrescenta que Bendix agradecia aos partidos marxistas o material que lhe tinham fornecido para a luta contra o judiciário alemão e para o aprofundamento da chamada crise de confiabilidade na justiça (p. 14).

375. Refere-se ao livro de Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* (1929), cujo autor também era judeu, da escola de direito livre de Kantorowicz, privado da cadeira de Direito civil em 1933 (p. 15).

estrangeiras ou de inimigos.

Lembra que Dahm sustenta que o *neokantismo* vê os objetos de fora, e o cita textualmente (*O núcleo do delito não é alcançável logicamente. Ao tipo legal corresponde um determinado tipo de autor que deve ser abrangido em sua essência, mas que não pode sê-lo só mediante considerações racionais adequadas a fim*) para cotejá-lo com Bergson e concluir que *é claro que, com essa teoria do conhecimento, a futura valoração do texto da lei não é viável*, porque o jurí-dico tampouco a lei o determinaria, mas sim a pretendida *visão essencial*, de da "essência das coisas" segundo os de Kiel.

Justifica Schwinge ter-se afastado tanto da aldeia penal, apontando que para decidir a respeito destas teses devem ser precisados os conceitos de racional e irracional, em que *subjaz principalmente uma expressão a respeito da via de acesso à verdade. Portanto, resulta racional aquilo que se pode conhecer pela via do pensamento lógico conceitual. Irracionais seriam todas as formas de conhecimento que acessam de outra maneira à verdade, por procedimentos que não são lógico indutivos (abrangeríamos intuitivo, global, sentimental da verdade). Se os conhecimentos adquiridos por estas vias não racionais são ou não interpretáveis logicamente é uma questão que se responde de diferente maneira.*

Com isto, quer dizer que inclusive o *adquirido por intuição* pode ser interpretado racionalmente e, voltando ao teólogo Rudolf Otto, lembra que se limita ao *sagrado*, sem excluir a razão de outros âmbitos, mas como não é razoável considerar *sagrado (heilige)* o direito penal, neste âmbito devem elaborar-se racionalmente os conceitos³⁷⁶: *a aplicação do direito e o tráfico vital não toleram nenhum resto irracional, exigem exatas linhas diretivas, e estas — como sempre se deve repetir — obtêm-se sempre mediante a dedução lógico conceitual, ou seja, mediante a razão.*

Rechaça a possibilidade de *conceber o dolo sem elemento subjetivo* a partir da tese fenomenológica segundo a qual os estados anímicos alheios só podem ser captados imediatamente por meio da intuição³⁷⁷, que leva a sustentar que são mais captáveis por um júri segundo íntimas convicções.

Aprofunda a sua análise citando Henri Pincairé no sentido de que o

376. *Ibidem*, pp. 21-22.

377. Na nota 98 indica tudo sobre Max Scheler. Cita seu apoio a Max Simoneit (1896-1962), psicólogo militar que afirmava que as instituições só podiam considerar-se como experiências prévias e que eram cientificamente inadmissíveis.

conhecimento avança tanto pelo método racional, seguindo passo a passo a lógica, como pelo intuitivo, em que a verdade aparece em forma de curto-circuito, considerando que ambos são necessários. Entretanto, observa que o conhecimento que surge por intuição para ser científico requer a prova da racionalidade, ou seja, requer ser verificado. *O risco é que estas intuições, sem verificação alguma, produto do aparente sustento que as crenças ou inclusive superstições podem lhe dar, elevem-se a “filosofias” e se imponham sobre as ciências. Este é o grande perigo que ameaça a ciência e a filosofia do lado do movimento intuicionista. Pelo contrário, deve sustentar-se que a intuição é somente uma ferramenta da invenção. A certeza só pode ser dada pela lógica. Para que a contribuição da criatividade intuitiva seja sã, deve estar preparada pelo pensamento e mediante este verificada e conduzida*³⁷⁸.

Esclarece que não imputa a Dahm por reconhecer a contribuição do intuicionismo, mas sim por negar toda regra geral e resolver caso por caso segundo a intuição, que responde ao sentimento. Insiste em que isto se afasta do *sentimento jurídico do povo alemão*, que reclama *penetração lógica do direito*. *Para o alemão, o importante é saber qual é seu dever e de modo nenhum a opinião pessoal de quem acidentalmente se sinta no lugar de juiz*³⁷⁹. *Este é o sentido que damos hoje ao conceito de segurança jurídica, em cuja forma é, para os alemães, um valor fundamental a que nunca terão que renunciar e que, por essa razão, também o novo Estado estende sua mão protetora*³⁸⁰.

Sustenta que ignorar este sentimento jurídico alemão leva a um regime como o bolchevique russo, que atribui a que a alma russa não o compartilha. Invoca a literatura para sustentar que o camponês russo nunca teve um sentimento de ordem e dever análogo ao alemão e que, por conseguinte, pode-se supor que montassem um sistema como o bolchevique³⁸¹.

Alerta, por último, talvez percebendo que estava afastando-se muito da *aldeia penal*, que não nega as contribuições do irracionalismo na arte, na música e inclusive na política, que não compartilha o racionalismo do Iluminismo, que as suas opiniões nada têm a ver com Descartes (*que artificialmente*

378. *Ibidem* p. 31.

379. *Ibidem*, p. 34.

380. Apoiando-se em sua tese, cita na nota o trabalho de Hermann Göring *Die Rechtssicherheit*, cit. *supra*, e as afirmações de Otto Koellreutter em *Deutsches Verfassungsrecht*, 3ª ed. Berlim, 1938, de acordo com a qual não é qualquer externalização da vontade política da condução que é lei no Estado Nacional Socialista, mas apenas aquelas que são sancionadas e publicadas na forma de legislação. *Lei em sentido formal está no Estado Nacional Socialista, que tem na forma de legislação a vontade política de dirigir*

381. *Ibidem*, p.36.

fecha os olhos ante a vida) nem com Kelsen (que, em sua teoria pura do direito, exclui todo material empírico), mas só vai de encontro a quem pretende substituir o estabelecimento das doutrinas científicas por meio da prova lógica, com a intuição, o sentimento, a visão, entre outros³⁸². Embora admita o nacionalismo, esclarece que sua contribuição deve ser limitada no trabalho da ciência, o que, se não for considerado, talvez nunca possa consertar os danos causados.

Vale a pena reparar no discurso de Schwinge, porque talvez expresse algo que outros não dizem tão claramente: admite o irracionalismo na base da decisão política (o *Führerprinzip*, é óbvio), mas a elaboração teórica posterior requer conceptualização racional.

No fundo, não se trata mais que de *graus de romantismo*. Todo romantismo acessa por intuição a um princípio absoluto ou infinito, mas alguns o desenvolvem em seguida logicamente, por isso, são considerados com frequência *racionalistas*, como a maioria dos historiadores da filosofia fazem até hoje com Hegel e os hegelianos. Outros levam o romantismo até o extremo e seguem *reinventando de forma contínua* seu respectivo princípio *infinito*, que são os que a maior parte dos historiadores chamam de *românticos em sentido estrito*. Isto último é aquilo que Schwinge quer evitar. Em suma, no caso do romantismo nazista, há a impressão de que Schwinge expressa claramente que o neokantismo prefere um delírio bem sistematizado a outro em permanente criatividade delirante.

3. ANALOGIA, MAS NÃO MUITA

O outro representante da chamada *escola de Marburgo* foi Leopold Zimmerl, quem, assim como Schwinge, enfrentava a pretensão de conceber o delito como violação do dever e prescindir do bem jurídico, embora — é claro — reinterpretao o conceito de bem jurídico com sua correspondente adaptação aos valores nazistas.

Em sentido análogo a Schwinge, expressava Zimmerl que o *nullum crimen sine lege* não tinha sentido no Estado nacional-socialista por provir da ideologia liberal, mas, não obstante, alertava a respeito da importância que esse princípio tinha como garantia da vontade punitiva do Estado, quer dizer, no sentido de Binding e do fascismo em relação à legalidade.

Considerava que a redação do § 2 não se remete só ao *são sentimento*

382. *Ibidem*, p. 41.

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 supralegais de exclusão de pena, a fundamentação de uma culpabilidade normativa, são todos dados que o provam*³⁸³.

Zimmerl rechaçava, assim como Schwinge, a possibilidade de que o juiz resolvesse arbitrariamente: sustentava que o § 2 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*³⁸⁴.

Dentro da discussão dogmática desses anos, a posição de Zimmerl é interessante, porque percebe que a ignorância completa do *nullum crimen* também prejudica a vontade punitiva do Estado, e tenta evitar esta consequência por meio de uma limitação conforme o requerimento legal da vinculação com a *ideia fundamental de uma lei penal*. Resolve bastante bem dentro do esquema geral autoritário: o juiz fica vinculado à lei em seu aspecto repressivo, e pode substituir o legislador, mas apenas para esgotar a vontade punitiva legalmente expressa. Em alguma medida, parece coincidir — guardadas as distâncias — com a opinião de Binding, quando afirmava que o juiz culminava a obra do legislador.

383. Leopold Zimmerl, *Zur Auslegung des § 2 StGB, em Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlim-Leipzig, W. do Gruyter, 1936, pp. 172 e ss., 177.

384. *Ibidem*, p. 174.

Capítulo VI

KIEL: PROTAGONISTAS E IDEIA CENTRAL

A. OS PENALISTAS DE KIEL

1. O QUE FOI A ESCOLA DE KIEL?

Houve um conhecido acampamento onde se reuniam os jovens juristas identificados com o nacional-socialismo, costume que logo seguiram com o propósito de fomentar a camaradagem e suprimir o trato formal tradicional na vida universitária alemã, difundindo o tratamento por “você ou tu”, nada comum entre acadêmicos da época. Como parte desta preparação do *Think-Tank* jurídico do nacional-socialismo, é mencionado o acampamento de Kitzberg para jovens docentes de direito (*Kitzeberger Lager für junge Rechtslehrer*), de que participavam docentes privados (equivalente aos nossos *adjuntos*), que aspiravam a acessar à posição de professores *ordinários* (catedráticos).

O regime nazista propôs liberar-se dos professores tradicionalistas, para renovar a doutrina jurídica conforme seus objetivos políticos. Otto Thierack postulava, como objetivo, *eliminar os velhos docentes congelados e estabelecer um alto centro nacional-socialista*. Para isso, valeu-se da universidade de Kiel, uma pequena universidade de fronteira (*Grenzlanduniversität Kiel*) para concentrar os jovens professores nazistas. Desse modo, em Kiel se formou uma faculdade de *força de choque jurídica*, uma *Stoßtrupp Fakultät* (faculdade pelotão de assalto) dedicada à renovação do direito conforme a ideologia nacional-socialista³⁸⁵.

Embora se diga que o projeto não teve grande sucesso, pois a *Kieler Schule*, como tal, durou pouco, não era homogênea, houve algumas divergências entre seus membros e, a partir de 1937, seus integrantes foram chamados para diferentes universidades³⁸⁶, este juízo é algo duvidoso.

Na realidade, a Universidade de Kiel tinha sido até esse momento um centro acadêmico pequeno e fronteiro, onde tinham podido acessar

385. Cfr. Bernd Rüthers, *op. cit.*; Jörn Eckert, *Was war die Kieler Schule?*, em Franz Jürgen Säcker, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden, 1992; Jörn Eckert, *Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät - Stoßtrupp fakultät*, em Heribert Ostendorf e Uwe Danker (eds.), *op. cit.*, p. 21 e ss.

386. Cfr. Georgia Stefanopoulou, *Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung*, em *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* (JoJZG), Hrsg. Thomas Vormbaum, Hagen, 2010, Heft 3.