

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 Kitzeberg 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. Cf. 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 - Stoßtruppfakultät*, em Heribert Ostendorf e Uwe Danker (eds.), *op. cit.*, p. 21 e ss.

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

às cadeiras professores que não haviam sido chamados para universidades maiores, principalmente porque suas ideias republicanas ou democráticas não eram compatíveis com a generalizada tendência reacionária que provinha do império e que formava parte do quadro ideológico desses anos. Quando o nazismo chegou ao poder, não perdeu tempo, rapidamente suprimiu toda a autarquia no controle universitário, pôs todas as universidades sob a autoridade direta do ministério e, imediatamente, procedeu a destituir todos os professores judeus e a fazer o mesmo ou forçar a aposentadoria dos que considerava não identificados com seus objetivos políticos. Desta forma, surgiu um importante número de vagas em Kiel, que foi, na prática, uma universidade pioneira na tarefa de *depuração* nazista, o que permitiu concentrar ali os jovens juristas ávidos de ascender a catedráticos.

A dúvida a respeito de se este projeto foi um sucesso ou um fracasso depende de como se interprete seu objetivo. De fato, se se pensa que se pretendia formar um corpo de doutrina jurídica para difundir-lo nas universidades maiores, é óbvio que isto não se obteve.

Não obstante, cabe suspeitar que não era este o propósito, mas o plano de *Stojstrupp Fakultat* era permitir acessar à condição de *ordinários* (catedráticos) a estes jovens, para que logo se dispersassem pelas universidades maiores, o que, de fato, aconteceu, pois, por volta de 1938, ocorreu um verdadeiro final da *Kielerschule*, quando os jovens, já com o grau de *ordinários* rapidamente obtido, partiram. Este plano seria completado com a difusão dos seus trabalhos, toda vez que, além da revista *Deutsche Rechtswissenschaft (DRW)* — fundada por um grupo nazista —, rapidamente se alinharam ao regime a *Deutsche Juristenzeitung* e o *Juristische Wochenschrift*³⁸⁷. Neste segundo sentido, não pode afirmar-se que a *Kielerschule* não tenha tido certo sucesso, especialmente com a projeção de juristas desta corrente como o constitucionalista Huber, o civilista Larenz ou os mesmos advogados criminalistas, como Dahm e Schaffstein.

O artífice político do projeto da *Kielerschule* foi o jovem e ativo acadêmico Karl August Eckhardt³⁸⁸, quem escalava posições no regime e mantinha estreito contato com Himmler. Dadas suas crescentes ocupações, não podia dedicar todo seu tempo à universidade, por isso Georg Dahm, aos trinta e um anos, foi nomeado reitor de Kiel e permaneceu no cargo de 1935 até 1937.

Como consequência das lutas habituais de poder internas do nazismo,

387. Bernd Rüthers, *Entartetes Recht*, cit., p. 48.

388. Karl August Eckhardt (1903 – 1979) era historiador, professor em várias universidades, até que, depois de 1945, foi separado das suas funções, embora tenha continuado a cargo de uma obra histórica monumental.

a estrela de Eckhardt foi ofuscada —inclusive com uma decisão direta de Hitler— e, embora tenha continuado sem problemas na atividade acadêmica, Dahm foi destituído do cargo de reitor³⁸⁹.

2. DAHM E SCHAFFSTEIN: SEUS PRIMEIROS PASSOS

Quando é mencionada no direito penal a *escola de Kiel*, a referência é aos dois advogados criminalistas que ensaiaram a teoria *unitária* do delito e que enfrentaram os discípulos ou seguidores mais ou menos heterodoxos dos protagonistas da chamada *luta de escolas* precedente: Georg Dahm (1904-1963) e Friedrich Schaffstein (1905-2001), erroneamente assinalados, muitas vezes, como os únicos advogados criminalistas do nazismo. Para compreender melhor a época e o sentido da discussão dogmática desses anos, é mister reparar na história de vida destes dois protagonistas.

No *Anuário de História Jurídica Contemporânea* editado por Thomas Vormbaum, Hans Hattenhauer deu a conhecer em 2006 um escrito pós-extremamente interessante, em especial para recriar a época e aproximar-se das vivências dos autores³⁹⁰.

Dahm nasceu em 10 de janeiro de 1904 em Altona, que naquele momento não pertencia a Hamburgo, mas à província de Schleswig-Holstein. Devido a dificuldades econômicas posteriores à morte do seu pai, estudou em Tübingen, em Hamburgo e, finalmente, em Kiel. Graduou-se com uma tese sobre a participação³⁹¹. Começou a sua formação como discípulo de Gustav Radbruch, quem apadrinhou o seu trabalho de habilitação de 1931 sobre o direito penal italiano na baixa Idade Média³⁹², no qual analisou os estatutos das cidades italianas do século XIII ao XV além da doutrina dos pós-glosadores, embora deixasse fora a do século XVI. Não se descarta que

389. Cfr. Jörn Eckert, *Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät* -, cit.; sobre Kiel, também, Thomas Vormbaum, *Einführung*, cit., p. 149; Eric Döring, *Geschichte der juristischen Fakultät 1665 - 1965*, em *Geschichte der Cristian-Albrechts-Universität Kiel 1665-1965*, t. III., primeira parte, Neumünster. K. Wachholtz, 1965.

390. Friedrich Schaffstein, *Erinnerungen an Georg Dahm*, em *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, vol. 7 (2005-6), Institut für Juristische Zeitgeschichte Hagen, ed. por Thomas Vormbaum, Berliner Wissenschafts. Na apresentação, Hans Hattenhauer explica que, em 1995, solicitou a Schaffstein este documento, que este aceitou liberar com a condição de que, sem a sua autorização, não se publicasse até depois da sua morte, desculpando-se por algumas inexatidões, pois Dahm havia morrido trinta e dois anos antes e Schaffstein tinha, nesse momento, noventa anos, Jörn Eckert encarregou-se da publicação, mas não pôde concretizá-la devido a que faleceu em 21 de março de 2006, por isso o fez Hattenhauer, em consideração à importância do testemunho.

391. *Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als ein Problem der Gesetzgebung*

392. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin u. Leipzig, 1931.

tenha recebido alguma indicação de Hermann Kantorowicz (1877-1940), que tinha escrito um livro sobre Gandinus³⁹³ e ao que logo substituiu na cadeira de Kiel, quando este tinha sido destituído por ser judeu.

Dahm e Schaffstein se conheceram no outono de 1931 em Essen, em uma reunião da Associação Internacional de Direito Penal. É curioso, mas foram apresentados por Max Grünhut (1893-1964), professor em Jena e logo exilado pelo nazismo em Grã-Bretanha.

Schaffstein tinha nascido em Göttingen em 1905, filho de um acadêmico. Estudou em Göttingen e em Innsbruck, e se graduou na primeira universidade com Robert von Hippel em 1928, com uma tese sobre a culpabilidade no direito comparado³⁹⁴. Habilitou-se também com von Hippel em 1930 com um trabalho sobre a teoria do delito no direito comum alemão³⁹⁵. Ao investigar este tema, familiarizou-se com a obra dos juristas da Carolina até o Iluminismo, incluindo os italianos, que haviam tido importância de destaque no direito comum alemão, tendo seu trabalho, assim, conexão com as investigações de Dahm.

Ambos os advogados criminalistas coincidiram rapidamente em que dissentiam dos seus respectivos professores, que eram discípulos de Franz von Liszt, embora Radbruch fosse um ativo socialdemocrata e Robert von Hippel (1866- 1951) um nacionalista liberal, conservador em matéria penal. De qualquer forma, os então jovens advogados criminalistas concordavam com a necessidade de reafirmar a autoridade do Estado por meio do direito penal, embora nesse momento não se manifestassem nazistas, mas sim se interessavam pelas teorias de Carl Schmitt e se inclinavam por tendências conservadoras como a de Alfred Hugenberg, líder do partido conservadora popular, quem, no início, foi ministro de Hitler, porém foi defenestrado em 1934.

Como é sabido, a reação de direita contra a república de Weimar não foi homogênea, mas sim, prescindindo de detalhes, pode afirmar-se que derivou em duas grandes correntes: uma conservadora e mais ou menos nostálgica da aristocracia guilhermina ou imperial, e outra mais marginal ou do populismo (*völkisch*), que, no final, terminaram em Gral. Kurt von Schleicher e Adolf Hitler, respectivamente. Tanto Carl Schmitt como estes jovens advogados

393. *Gandinustextes*, 1921; *Albertus Gandinus: Schriften und Leben*, 1924; *Studien zum altitalienischer Strafprozeß*. I. *Bologneser Strafprozeßordnung von 1288*; II. *Der Tractatus de tormentis*, 1924

394. *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908*.

395. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts*.

criminalistas simpatizavam inicialmente com a primeira corrente, mas passaram logo à *völkisch* quando esta mostrou sua maior capacidade de poder. Para evitar toda dissidência no bando da direita extrema, Hitler se encarregou de eliminar fisicamente a von Schleicher na *noite das facas longas*.

De algum jeito, Schaffstein descreve este processo quando lembra que Dahm se inclinava pelos partidos conservadores de Franz von Papen (1879-1969) e Kurt von Schleicher (1882-1934), tendo ficado um pouco fora do jogo depois da separação do primeiro (quem, entretanto, seguiu servindo diplomaticamente a Hitler) e do assassinato de von Schleicher. Não obstante, em 1933, Dahm filiou-se ao partido nazista, conforme diz com a esperança de que as coisas mudariam, que considerava compartilhada por muitos intelectuais jovens desse momento.

Embora Dahm fosse docente privado na Universidade de Heidelberg e Schaffstein na de Göttingen, a partir desse encontro em Essen começaram a encontrar-se e em 1932 empreenderam juntos uma viagem à Itália — que Dahm visitava pela primeira vez — e, aparentemente, no curso desta visita teve origem a ideia de dar forma ao escrito, *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?*, que teria estado quase terminado no outono de 1932, quando ocorreu em Frankfurt uma sessão da Associação Internacional de Direito Penal da qual ambos participaram.

Graf Wenzeslaus von Gleispach (1876-1944) era um decidido nazista, professor em Viena que passou a Berlim para ocupar a cadeira vaga pela expulsão de James Gosldschmidt. Foi quem, nessa reunião de Frankfurt, pronunciou um discurso procurando delinear um programa penal nacional-socialista. Isso catalisou uma divisão entre os assistentes, dando origem a uma minoria dos *jovens* — da que faziam parte Dahm e Schaffstein — contra os *velhos*, que — segundo Schaffstein — não levaram muito a sério a sua intervenção. Entre os *velhos* estavam Eberhard Schmidt, Gustav Radbruch, Eduard Kohlrausch, Alexander Graf zu Dohna, diante dos quais expuseram alguns parágrafos do escrito comum de rápida publicação, que chamavam de seu *Kampfschrift* (escrito de luta).

Em anos posteriores, atribuiu-se oportunismo político a ambos. No período pós-guerra, Schmidt expressou um contundente juízo crítico sobre o Dahm em sua história do direito penal alemão³⁹⁶. Schaffstein se defende

³⁹⁶. Schmidt descreve a intervenção de Dahm e Schaffstein no encontro do grupo nacional alemão da União Internacional em Frankfurt, que ocorreu em 12 e 13 de setembro de 1932, sendo a última reunião do

em seu escrito póstumo, baseado em que: *Direito penal liberal ou direito penal autoritário?* foi publicado na primavera de 1932, antes de que Hitler fosse convocado ao poder por Hindenburg e, além disso, contrariando a opinião da grande maioria das autoridades universitárias. Também rechaça a opinião de pretender escalar posições universitárias, baseado em que tanto Dahm como ele mesmo — assim como Huber, Larenz e os outros colegas nomeados em Kiel — eram docentes privados e, portanto, estavam na carreira universitária, por isso, seu chamado como professores ordinários — catedráticos — era regular e esperado, embora tenhamos visto antes as condições em que se operou este chamado segundo os historiadores alemães atuais.

Schaffstein afirma que as relações com os representantes do partido nesse tempo eram formais e até de certa desconfiança recíproca. Acreditamos que, em algum sentido, Schaffstein tinha razão, mas, em outro, corresponde concedê-la a Eberhard Schmidt. O esforço teórico destes autores e a ruptura com seus professores não podem ser considerados oportunistas quanto à sinceridade ideológica: *eram reacionários convencidos até a medula*. Em avançada idade, Schaffstein dedicou algumas frases a desculpar seu erro, mas nada mais. Não improvisaram um discurso para escalar posições e, além disso, também é verdade que não detiveram cargos políticos, embora não saibamos se isso se deveu à incapacidade de lidar com as intrigas internas do nazismo.

De qualquer modo, independentemente de suas possíveis ambições, insistimos em que não pode afirmar-se que fossem *oportunistas* no que concerne à sua ideologia. Cabe lembrar que, no muito citado *escrito de luta*, ambos os autores faziam referência aos valores tradicionais encarnados na nação, mas ainda não tinham assumido por inteiro o ideário nacional-socialista. Embora postulassem um Estado autoritário, pareciam não ter ainda bem clara a ideia que o distinguia do *fascismo italiano*, que — como vimos — expressou Dahm posteriormente. Ou seja, em 1932, ainda não tinham estreitado o contato direto com Carl Schmitt, por isso, seu *pensamento concreto* não aparece claro, e as três formas do pensamento jurídico são desenvolvidas pelo *Kronjurist* do primeiro nazismo em 1934, dois anos após a publicação deste trabalho. Tampouco se observam as ideias que logo completariam o quadro do ideário nazista.

Embora se tratasse, em 1932, de um pensamento profundamente reacionário e movido pela instauração de um Estado autoritário, que expressava

um conservadorismo extremamente forte, ainda lhe faltavam os elementos que foram incorporando e arredondando nos anos sucessivos.

Tudo o que se disse não evita que a fulminante ascensão universitária de ambos os autores seja chamativa e em especial, seu rápido chamado à cadeira ordinária e, quanto a Dahm, sua designação como reitor, talvez o mais jovem de toda a história universitária recente.

Conta Schaffstein que, pouco antes do Natal de 1932, foi convidado com Dahm à casa de Radbruch em Heidelberg, onde seu professor se manifestou contra suas ideias, embora tenha se mantido um trato cordial, mas suspeitou sempre que Radbruch atribuía a sua influência o afastamento do seu discípulo Dahm das suas ideias, o que Schaffstein rechaça, sustentando que as posições de Dahm a respeito eram muito firmes ao momento de conhecer-se.

Em sua *memória*, Schaffstein atribui seu chamado a Kiel — coincidente com o dos docentes privados Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Karl Michaelis e Wolfgang Siebert — devido ao número de vagas que havia nessa universidade e a que o nacional-socialista Jens Jessen (1895-1944) — que acabou sendo executado por participar do frustrado atentado a Hitler — nesse momento, era diretor do *Instituto de Economia Mundial e tráfico marítimo* e queria reunir na Faculdade um grupo de jovens politicamente homogêneo. Como vimos, o número de vagas devia-se às destituições de professores.

3. KIEL E OS ANOS POSTERIORES

Schaffstein relata, de um modo muito particular, seu passo a Kiel: conta que, quando estava em Leipzig como docente privado, havia sido objeto de uma denúncia política — cujo conteúdo não explica — e, com esse motivo, haviam-no convocado ao ministério em Berlim, onde recebeu a ordem de aceitar a cadeira de Kiel, não tendo escolha a não ser assumi-la, embora expresse que seu interesse era permanecer em Leipzig. Assim, permaneceu em Kiel de 1935 até 1941, quando foi transferido a Estrasburgo.

Schaffstein lembra que ministrou com Dahm um seminário sobre a Carolina junto com o historiador do direito Eugen Wohlhaupter, germanista que provinha do conservadorismo católico. Segundo Schaffstein, era admirável a intensa atividade de Dahm nesses anos, pois formava parte da Comissão de reformas penais, era reitor e não deixava de cumprir as suas obrigações académicas. Cabe observar que ambos eram extremamente jovens para essas funções.

Dahm foi reitor durante dois anos, até ser substituído pelo teórico

do Estado Paul Ritterbusch, que ocupou o cargo até 1941. Esta mudança é lamentada por Schaffstein, quem diz ignorar os motivos reais, mas acredita que não foi bom para a universidade³⁹⁷. Como vimos, os motivos foram o caso do artífice do projeto, Karl August Eckhardt e o conseguinte avanço do grupo de Hans Frank como *Kronjurist*.

Como resultado dessa investida de Frank, deu-se início àquilo que se chamou de *Aktion Ritterbusch*, um programa destinado a planejar o destino da Europa depois da guerra. Os nazistas acreditavam que as ocupações não deviam limitar-se à superioridade bélica, mas também esta devia relacionar-se com uma superioridade intelectual, e, para isso, mobilizaram uns quinhentos acadêmicos³⁹⁸. Como é natural — dado que a manobra respondia à ascensão de Frank na luta interna do regime — nenhum dos dois advogados criminalistas foi mencionado neste projeto, embora tenha havido umas referências posteriores em Estrasburgo. A verdade é que, na etapa de Kiel, ficaram um pouco marginados pelo avanço dos seguidores de Hans Frank, sem ser clara a razão pela qual Schaffstein omite este dado, embora não caiba descartar que sua memória tenha falhado.

Aparentemente, Dahm era um homem simpático que transmitia confiança muito rapidamente, o que em alguma medida explica por que lhe foi confiada a reitoria de Kiel sendo tão jovem e por que, além disso, em todas as universidades pelas quais passou, muito rapidamente atribuísem a ele funções diretivas: foi vice-reitor em Leipzig e em Estrasburgo e — depois da guerra — reitor na universidade paquistanesa em Dacca.

A filiação de Dahm ao partido nazista em 1933 determinou a ruptura definitiva com Radbruch, já aposentado forçadamente pelo regime, que a considerou uma traição. Nunca mais quis Radbruch retomar contato com Dahm, nem sequer no período pós-guerra, apesar deste ter enviado mensagens que cabe supor que Radbruch deixou sem resposta.

Nos anos de Kiel, ambos os autores participaram ativamente da comissão de reformas penais. Esta comissão havia sido criada no início do século XX e era quase permanente, embora seus membros mudassem conforme os

397. Cabe lembrar que Ritterbusch era um personagem afim com Hans Frank, pois formou parte da Academia presidida pelo *Führer* do direito, por isso, não podia ser simpático com aqueles que trabalhavam com Gürtner, como Dahm. Ritterbusch teve destacadíssima atuação até o final da guerra e suicidou-se ante a iminência da derrota (cf. Bernd Rührers, *op. cit.*, p. 42).

398. Cf. Luca Nogle, *Corporatist Doctrine and the "New European Order"*, em Christian Joerges e Nanni Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003, p. 275 e ss.

governos. Nos tempos do nazismo — como falamos —, funcionava sob a presidência do ministro da justiça Gürtner. Dahm fazia parte desta comissão desde 1933 e, em 1935, incorporaram-se Schaffstein e Heinrich Henkel. Também a integravam Mezger, Gleispach, Nagler e Kohlrausch; entre seus membros preponderavam aqueles que criticavam as posições dos de Kiel.

O ministro Gürtner — assim como os advogados criminalistas de Kiel — provinha dos partidos conservadores, apenas tardiamente filiou-se ao partido nazista e, como vimos, opunha-se a Hans Frank. Seu assessor era Hans von Dohnanyi (1902-1945), casado com a irmã do teólogo Dietrich Bonhoeffer, posteriormente defenestrado e, no fim, executado pelos nazistas em 1945 junto com seu cunhado. Vimos também que a morte de Gürtner está cercada de suspeitas.

Schaffstein conta que, no trabalho na comissão, havia reforçado uma amizade com von Dohnanyi, e que se perguntavam como Gürtner podia permanecer no governo. Não obstante, na realidade, Gürtner tinha legitimado — e continuou fazendo-o — terríveis leis nazistas. Schaffstein se desculpa explicando que, nesse momento, pensavam que os crimes que se cometiam eram como um sintoma de enfermidade infantil, próprios do início de uma mudança revolucionária. De qualquer maneira, não esquece assinalar que Dahm sempre mantinha uma prudente distância de Roland Freisler. Como vimos, Hans Frank e Rudolf Hess conseguiram que o projeto não fosse sancionado e, quanto à distância em relação a Freisler, sempre foi uma defesa de pós-guerra de todos os integrantes da comissão.

É muito interessante o relato de Schaffstein sobre a relação de ambos com Carl Schmitt nesses anos, dado que é notória a influência deste nas teorizações de ambos os advogados criminalistas e, além disso, Schmitt também provinha dos mesmos segmentos conservadores que Dahm, tendo sido — nos bastidores — conselheiro do Gral. von Schleicher quando este foi o último chanceler prévio a Hitler.

Schaffstein admite que tanto ele como Dahm estavam impressionados pelos trabalhos de Schmitt, principalmente as suas *Três formas do pensamento científico-jurídico*³⁹⁹, razão pela qual o visitavam em sua casa em Berlim desde 1933. Em sua *memória* póstuma, Schaffstein manifesta que em ambos provocava repulsa seu racismo e seu antissemitismo radicais e — em especial — sua convocatória ao congresso de 1936, o que considera como uma *inqualificável*

³⁹⁹. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.

agressão (*unqualifizierte Angriffe*) contra os juristas judeus.

A verdade é que, embora Dahm e Schaffstein não tenham participado desse congresso, não se afastaram de Schmitt, e, prescindindo do seu antisemitismo, este exerceu uma notória influência sobre Dahm, especialmente, com a sua ideia do pensamento da ordem concreta (*konkreten Ordnungsdenken*) contra o pensamento da separação ou fragmentação, considerado liberal (e, por Schmitt, também judaico). A partir disso, tomaram ambos a ideia da unidade do delito no plano dogmático; Dahm, empreendendo-a principalmente contra a separação de criminalização e ilegalidade, e Schaffstein, contra a de ilegalidade e culpabilidade, dando origem ao debate com os de Marburgo, antes mencionado.

Em relação aos seus críticos da época, principalmente Schwinge e Zimmerl, afirma Schaffstein que provinham da velha escola dogmática e que sua crítica tinha um tom político. Esta desqualificação, que parece escapar ao autor em 1995, seria a reiteração de uma velha imputação que — como já falamos — pode ter influenciado na posterior confusão a respeito da polêmica, pois, em última instância, assinalaria que, na sua opinião, os de Marburgo não eram suficientemente nazistas.

Embora expresse que tanto ele como Dahm tiveram a suspeita de que a denúncia contrária a ele em Leipzig possa ter-se dado por influência de Schmitt, parece que ambos interromperam as suas relações com este assim que perdeu seu prestígio. Como já falamos⁴⁰⁰, Schmitt estava escalando rapidamente posições no regime e o congresso de 1936 pareceu ser uma excessiva atuação e muito forte, o que facilitou a tarefa de Hans Frank, que conseguiu que fosse defenestrado dos seus cargos oficiais, por isso Schmitt, sem abjurar absolutamente das suas ideias, limitou-se no sucessivo à atividade acadêmica e de investigação. Schaffstein demarca que depois da queda de Schmitt em virtude destas lutas internas do nazismo, interromperam seus contatos, sem oferecer nenhuma explicação a respeito.

Ao espalharem-se os protagonistas de Kiel, Schaffstein foi chamado a Göttingen como ordinário em substituição de Richard Honig, enquanto Dahm foi chamado a Kiel em substituição de Kantorowicz, ambos destituídos pelo regime nazista. Em seguida, foi para Leipzig, onde rapidamente foi vice-reitor, na reitoria de Helmut Berve (1896-1979), que era um historiador racista e antisemita, embora não fizesse especial amostra dessas ideias⁴⁰¹.

400. V. *supra* II, B. 2.

401. Cfr. Christhard Hoffmann, *Juden und Judentum im Werk deutscher Althistoriker des 19. und 20. Jahrhunderts*, Leida, 1988, p. 271.

Seu colega catedrático de Leipzig nesse momento era Eberhard Schmidt, com quem parece que manteve relações pelo menos não conflitivas, embora tenhamos visto que Schmidt os criticou fortemente no período pós-guerra. Dahm o reprimou em uma extensa carta de 4 de fevereiro de 1948⁴⁰², argumentando que Schmidt tinha guardado silêncio durante toda a sua permanência em Leipzig. Suspeitamos que Schmidt tenha suportado com paciência seu colega dos anos de Leipzig e que seu silêncio deve ter sido apenas o preço da sua vida, além de algumas possíveis inexactidões da sua avaliação posterior a respeito dos trabalhos de Kiel.

Em 1939, Schaffstein — não obstante ser decano da faculdade de direito de Kiel — foi chamado às filias, e não Dahm, que tinha três filhos e, além disso, era vice-reitor de Leipzig. Posteriormente, ambos foram chamados a Estrasburgo, quando a Alsácia caiu em poder dos alemães e os professores franceses deveram partir ao exílio. Dahm, rapidamente, também foi vice-reitor da *Reichsuniversität Strasbourg*.

É bastante ambígua a explicação de Schaffstein, pois, embora reconheça que, nessa universidade, renovava-se a ideia de criar uma elite intelectual nazista, afirma que isso não afetava a faculdade de direito, mas a verdade é que Dahm era vice-reitor da universidade. Na sua opinião, nesse tempo, pensava-se que a Alsácia seria finalmente alemã ou que, no mínimo, ao término da guerra, haveria um pacto a respeito. De qualquer maneira — como falamos antes —, a ideia de gerar um corpo que programasse a ocupação intelectual da Europa no período pós-guerra havia se deslocado, em boa medida, para Estrasburgo, projeto que desmoronou a partir da derrota na frente russa, o que deu origem ao surgimento da resistência alsaciana contra a ocupação nazista, em que participavam estudantes.

O refúgio na faculdade de direito e na ciência jurídica não pode ocultar por completo as atrocidades que Schaffstein não menciona, mas que não podiam desconhecer-se no âmbito da universidade. De fato, nos tempos em que Dahm era vice-reitor, existia na universidade um museu com os crânios de judeus que Mengele e outros *médicos malditos* enviavam dos campos de concentração. August Hirt (1898-1945) dirigiu esse assustador instituto desde 1941; em 1945 conseguiu fugir dos aliados e desaparecer para sempre, embora se diga que tenha se suicidado antes de que o capturassem. Seu objetivo era colecionar crânios e esqueletos para que as futuras gerações tivessem

402. É publicada como apêndice do escrito de Schaffstein.

um testemunho da raça judaica uma vez extinta.

Em 1943, Schaffstein foi reincorporado à *Wehrmacht*, enquanto Dahm permaneceu na universidade fazendo parte, desde 1943, do tribunal especial (*Sondergericht*) estabelecido em Estrasburgo para julgar os membros da resistência alsaciana; mas, segundo Schaffstein, não determinou nenhuma sentença de morte, por isso, não foi submetido a juízo no período pós-guerra. Assinala que Adalbert Erler (1904-1992) — um conhecido historiador do direito — em suas aulas, expressou-se imprudentemente contra o regime e parece que Dahm contribuiu para que isso não tivesse maiores consequências.

Schaffstein afirma não conhecer maiores detalhes do que aconteceu nesses anos em Estrasburgo, porque estava ausente, e só tinha passado ali umas breves férias no Natal de 1943. Em seguida, foi soldado na Rússia e, finalmente, prisioneiro dos norte-americanos.

4. DAHM E SCHAFFSTEIN NO PERÍODO PÓS-GUERRA

Quando em setembro de 1944 os franceses retomaram Estrasburgo, na hora certa, Dahm e a sua família conseguiram sair da cidade, embora tenham sido obrigados a deixar ali os seus pertences e a sua biblioteca. Dahm foi parar em Berlim no semestre de 1944-1945, embora a sua família tenha ficado em Flensburg, onde permaneceu nos anos posteriores à ocupação de Berlim pelos russos, em condições econômicas estreitas, sem funções nem salários.

Schaffstein, depois de ser liberado pelos norte-americanos, foi à casa de uma tia materna em Luneberg, onde permaneceu até 1950. Somente em 1947 se encontrou novamente com Dahm, a quem nesse ano a organização da faculdade de direito em Dacca foi oferecida, então Paquistão oeste, ou seja, a atual Bangladesh, por uma via que Schaffstein afirma desconhecer. Conversaram ambos sobre a possível atuação de Dahm em Paquistão e concluíram que era impossível explicar direito penal alemão, por isso, concordaram com que o melhor era que Dahm se dedicasse ao direito internacional e preparasse suas aulas em inglês.

Isso determinou que Dahm se ocupasse dessa matéria e permanecesse em Dacca durante uns anos, até que foi chamado a Kiel para explicar *enciclopédia do direito*, atividade que o limitava, porque não podia avançar sobre o direito penal, a cargo de Helmut Mayer, nem sobre o internacional, a cargo de Menzel.

Na realidade, a matéria que explicava Dahm (que, em outros países, costuma chamar-se *Introdução ao direito*) não era completamente nova.

já que se tinha encarregado de desenvolvê-la em um texto que se utilizou durante muitíssimo tempo na Alemanha⁴⁰³ e do qual se fez uma segunda edição no período pós-guerra, sem maiores modificações, salvo a supressão das citações nazistas⁴⁰⁴.

Embora o autor de uma nota necrológica à morte de Dahm se esforce em salvar a sua memória e pondere a sua visão ampla e contrária à atomização do direito⁴⁰⁵, a verdade é que Dahm, na edição de pós-guerra do seu texto de Introdução ao direito, na parte que corresponde ao direito penal, reacomoda mas não renuncia ao *direito penal de vontade* nem de *autor* em geral, principalmente, quando refere-se ao delinquente habitual. Diz que o *direito penal de autor* pode ser *de personalidade*, resgata a ideia da *culpabilidade pela condução da vida associal* e, em geral, a bibliografia que cita não deixa muitas dúvidas a respeito de que seu pensamento não tinha mudado tanto⁴⁰⁶.

Em sua primeira estadia em Dacca, um dos seus filhos tinha contraído diabetes e sua filha tinha sofrido um acidente com sequelas. Em 1959, Dahm foi o decano da faculdade de direito de Kiel por um ano, ao passo que Schaffstein era de Gottingen. Nesses novos anos em Kiel, Dahm publicou a sua obra em três tomos de Direito internacional⁴⁰⁷.

Em 1961, chamaram-no novamente ao Paquistão por um breve tempo, onde encontrou a Universidade em uma situação caótica, os professores europeus haviam partido e os nacionais careciam de suficiente preparação. Não obstante, permaneceu em Dacca, onde adoeceu em 1963 e retornou a Kiel, suspeitando que inimigos paquistaneses o tinham envenenado, o que foi descartado pelos médicos. Contraíra uma colite ulcerosa de origem viral que não pôde ser controlada e, apesar de ter permanecido o tempo todo na clínica, faleceu em 30 de julho desse ano⁴⁰⁸.

Schaffstein, por sua vez, nos anos imediatos ao final da guerra, não pôde acessar a nenhuma cadeira em universidades alemãs, e dedicou-se ao ensino privado até que, em 1954, pôde voltar para a universidade em Göttingen, onde

403. Georg Dahm, *Deutsches Recht*, *op. cit.*

404. Idem, *Deutsches Recht: Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Estugarda, Kohlhammer, 1951.

405. Horst Schröder, *op. cit.*, p. 10 e ss.

406. Cita os *Studien* de Bockelmann de 1939-1940, a sua monografia do tipo de autor de 1940, o trabalho de Mezger, *Tatstrafe und Täterstrafe*, e trabalhos de Franz Exner (*Georg Dahm, Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung*, Estugarda, Kohlhammer, 1963, p. 510).

407. Georg Dahm, *Völkerrecht*, 3 tomos, Stuttgart, W. de Gruyter, 1958-1961.

408. No ano seguinte, foram publicados os discursos em sua memória: *Georg Dahm – Reden zu seinem Gedächtnis*, 1964 (editado pela Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Kiel).

permaneceu até receber título de emérito em 1969. Neste último período, dedicou-se a estudos históricos sobre Wilhelm von Humboldt⁴⁰⁹ e ao direito penal europeu da época do humanismo⁴¹⁰, mas, sobretudo, ao direito penal juvenil. Seu livro de 1959 sobre esta matéria tornou-se um clássico que, atualizado por Werner Beulke, até 2002 tinha alcançado quatorze edições⁴¹¹. Em 1975, foi dedicado a ele um *Festschrift*⁴¹² com motivo dos seus setenta anos, e dez anos depois foi homenageado com um simpósio. Apesar de sofrer de sérias dificuldades visuais, continuou produzindo; seu último trabalho foi no livro de homenagem a Roxin⁴¹³. Faleceu em Göttingen em 8 de novembro de 2001⁴¹⁴.

De certa forma, parece que Dahm e Schaffstein foram, na ciência jurídico-penal, os equivalentes de Philipp Lenard e Johannes Stark na física ou, no mínimo, pretenderam sê-lo, embora não tenham tentado classificar o penalismo neokantiano como *judeu*, limitando-se a estigmatizá-lo como *liberal*, o que, no fundo, escondia a mesma atribuição.

B. A IDEIA BÁSICA: O DELITO COMO VIOLAÇÃO DE DEVER

1. A SUPERAÇÃO DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE INDIVÍDUO E COMUNIDADE

A ideia que constitui o núcleo que separa as águas em relação à construção estratificada tradicional — e que rege toda a construção do delito de Dahm e Schaffstein — é que a essência do delito se encontra na *violação do dever* em lugar da ideia prévia da *lesão de um bem jurídico*, que atribuíam à tradição iluminista, cuja superação definitiva consideravam que era a tarefa do nacional-socialismo.

A tese aparece mencionada quase obsessivamente em quase todos os trabalhos destes autores, mas o mais específico corresponde a Schaffstein, cujo desenvolvimento seguimos a respeito⁴¹⁵.

Segundo Schaffstein, para diferenciar claramente do que eram consideradas *tendências segregadoras do século XIX*, não se tratava de proceder a uma

409. *Wilhelm von Humboldt: Ein Lebensbild*, Frankfurt, Klosterman, 1952.
 410. *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954.
 411. *Jugendstrafrecht: Eine systematische Einführung*, Stuttgart, 1959 (14ª ed., 2002).
 412. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Julio 1975*, cit.
 413. Überlegungen zum Täter-Opfer-Ausgleich und zur Schadenswiedergutmachung, em *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, 2001.
 414. Cfr. Werner Beulke, *In memoriam Friedrich Schaffstein*, em *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002, p. 81.
 415. Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, op. cit.

simples reversão de hierarquia de bens jurídicos, que se limitaria a colocar os valores da comunidade em primeiro lugar⁴¹⁶. 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 e nunca isolado, ou seja, que sempre é indivíduo como partícipe do povo.

Esta posição responde à concepção em si da comunidade do povo, já que, em ambos os autores, nota-se claramente que a concebem de forma *sistêmica* e, por conseguinte, os seres humanos que a integram — em termos da sociologia sistêmica atual — seriam *subsistemas* e, como tais, não poderiam contrapor-se a ela, quer dizer que, nesta perspectiva, é exata a pretensão de negar toda contraposição — e menos toda contradição — entre *indivíduo* (ou *subsistema*) e *comunidade* (ou *sistema*), sendo este raciocínio perfeitamente coerente com qualquer concepção sistêmica ou orgânica, sem prejuízo da irracionalidade racista básica com que o *sistema* era concebido (*comunidade do povo*) no nazismo e, também, levando em consideração que não era um *sistema existente*, mas que se devia impor (ou restabelecer) como programa político. Cabe lembrar que, neste sentido, Schaffstein reconhecia que a unidade de direito e ética, de direito e concepção popular, não era uma realidade, mas sim uma aspiração⁴¹⁷.

Dentro dessa concepção, tanto a punição quanto o delito deveriam ser tratados pelo direito penal como indagação das forças perturbadoras e modeladoras da comunidade, o que ele considerava revolucionário para a estrutura interna e também para o mundo conceitual do direito penal. E, de fato, era, dado que — como em toda proposta sistêmica — as pretensões de desequilíbrio do sistema (os delitos) devem ser compensadas com uma intervenção de normalização ou de reequilíbrio. Por isso que, embora a primazia dos bens jurídicos da comunidade do povo estivesse fora de toda dúvida, pensar isto como uma simples inversão da ordem prioritária dos bens jurídicos não saía do esquema que opõe indivíduo e comunidade, e

416. É claro que Schaffstein refere-se à ordem ou valor hierárquico e não a simples tabulação na parte especial, onde em quase todos os códigos apareciam os delitos contra o Estado em primeiro lugar (salvo o da Baviera que encabeçava a parte especial com os delitos contra as pessoas).

417. Cfr. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, cit., p. 211.

não poderia ser considerado mais que um simples momento de transição para um direito penal que conseguisse abranger o conteúdo de uma forma de pensamento comunitário mais profundamente, quer dizer, integrados em um sistema como a *comunidade do povo*. Afirmava Schaffstein que a orientação para o pensamento comunitário introduz os conceitos de *honra, lealdade e dever* como ponto central da dogmática penal, pois deles surge com máxima potência o vínculo comunitário do humano, quer dizer, as exigências básicas que o sistema *comunidade popular* impõe a seus *subsistemas* (seres humanos). *Portanto* — explica —, *uma vez destruído o sistema jurídico individualista, estes conceitos jurídicos ganharam imediato e concreto significado para a praxe jurídica, expressando ao mesmo tempo o reencontro da unidade entre o direito penal e a ordem moral popular.*

Afirmava que, até esse momento, os conceitos de honra, lealdade e dever, ou as exigências necessárias para o equilíbrio interno, tinham permanecido em uma esfera separada cuja existência para os juristas a considerava pálida e irreal. O principal, pois, era preservar a fidelidade à comunidade e sua perda (que gera desequilíbrio) afeta a *honra* do partícipe do direito (a confiança nele depositada como membro da comunidade), por isso, a *pena de honra* passaria a cumprir uma função principalíssima no conhecimento da essência da pena em geral.

Schaffstein entendia que, desse modo, fazia estremecer o conceito e a função do bem jurídico como critério para a determinação do encargo material do injusto, posto que já não se tratava de ponderar simplesmente a gravidade de um resultado, mas sim de avaliar até que ponto o sujeito (subsistema) era um perturbador do equilíbrio e, portanto, um sujeito *desonrado* (indigno de confiança) perante as exigências de conservação do equilíbrio do sistema ou comunidade.

Por conseguinte, perguntava-se Schaffstein se *não cabe que um direito penal orientado a um pensamento comunitário deixe de ser um direito penal de lesão ao bem jurídico, para ser um de disposição interna ou de deveres, ou seja, em que não se considere o delito como uma lesão a bens jurídicos, mas sim como a expressão de uma disposição interna censurável ou da lesão a um dever.*

2. LESÃO AO BEM JURÍDICO, AO DEVER, DISPOSIÇÃO INTERNA E TRAIÇÃO

Seguindo Dahm, Schaffstein sustentava que a ideia de que o delincente

é um traidor vai ao encontro de um direito penal de vontade e de uma configuração do conceito de tipo de autor inaugurada por Erik Wolf. Para aproximar-se da ideia do delito, compatibilizava a ideia de traição com as de lesão ao bem jurídico, de lesão ao dever e de disposição interna.

Segundo isso, a ideia de *traição* pressupõe três pontos de vista: por exemplo, no caso de um tutor que maltrata uma criança, existe (a) o dano que sofre a criança, (b) a violação do dever do tutor, e (c) a expressão do seu temperamento sádico ou violento. Entretanto, decidir qual destes elementos é prioritário era considerado por ele uma questão de concepção do mundo e de decisão política. Considerava que a prioridade pela lesão ao bem jurídico provinha do Iluminismo, quer dizer, de um liberalismo clássico que foi substituindo gradualmente a noção de delito como pecado, de Carpzovio, vigente no direito comum anterior.

Segundo esta tese, acreditava que a preferência ou prioridade pela lesão ao bem jurídico exige que o Estado se limite, em geral, à atividade negativa de proteção da esfera de liberdade individual e, portanto, os deveres dos cidadãos também têm de ser determinados de forma negativa, ou seja, só como deveres de abster-se de certas ações (não matar, não roubar, etc.) que afetem direitos e bens jurídicos, de cuja diversidade resultam as diferenças na construção do delito como lesão a bens jurídicos.

Para Schaffstein, já que esta concepção *liberal* necessita de um sujeito titular de direitos (bens jurídicos), quando deve explicar os delitos contra o Estado e a comunidade, ela não tem outra saída a não ser criar contratualmente a pessoa jurídica estatal, ou seja, a ideia liberal do Estado.

É óbvio que Schaffstein rechaça a metáfora contratualista do Estado, posto que todo o pensamento nazista traz uma regressão ao organicismo social (ou sistêmico), quer dizer que retoma a concepção estatal pré-moderna. Observe-se que aqui, a partir de uma manipulação na essência do conceito de delito, impugna não menos que a base mesma do conceito liberal de Estado.

No mesmo sentido organicista ou sistêmico se expressava Dahm, pois, para o ideário nazista, a comunidade popular (da qual o Estado era só um instrumento) era uma entidade real, por isso, não se discutia a questão de se tinha *honra*, discussão corrente no direito em relação aos delitos contra a honra de pessoas jurídicas. Dahm — citando um discurso de Hitler — não só acreditava que a comunidade popular tivesse honra, mas também exigia que uma futura lei estabelecesse garantias contra as agressões à honra do povo

alemão, ao partido, às suas seções e organizações anexas, às forças armadas, ao serviço do trabalho e a outras comunidades⁴¹⁸.

Schaffstein sustentava que a ideia de bem jurídico, concebida dentro do modelo de Estado contratualista do liberalismo, quando é levado aos delitos que lesam bens coletivos, é uma camisa de força conceitual que impõe uma ficção (a do Estado contratual), como produto de uma transformação artificial do conceito de direito subjetivo.

Por isso, os de Kiel optavam por destacar o momento do dever, criticando o liberalismo por não haver reconhecido sua relevância, apesar de que é fundado em uma unidade inseparável com o conceito de direito. Desse modo, com a introdução do pensamento do dever inclusive no direito civil, consideravam o conceito de direito subjetivo no sentido da dogmática do século XIX dissolvido, passando a propor a questão a respeito da fundamental importância da ideia do dever para a determinação do conceito de delito. Como pode-se observar, a prioridade do dever é resultado da concepção orgânica (ou sistêmica) da sociedade (comunidade popular).

Assim, reconstruía o direito penal a partir do obrigado e do seu concreto círculo de deveres, fazendo a contraposição do direito penal *de ato ao de autor* perder sentido, porque *necessariamente deve partir do autor*, o que, segundo Schaffstein, resolve a anterior contraposição *em um plano maior*, que considerava apto para proporcionar nova configuração ao, muitas vezes, mal entendido *direito penal de vontade*.

Todavia, como é compatibilizada esta superação do exclusivo domínio do pensamento da proteção ao bem jurídico com a ideia de traição e o princípio de um direito penal de disposição interna? A resposta do nosso autor a esta questão aponta, principalmente, um conceito fundamental desta concepção: a *lealdade ou fidelidade (Treue)*, porque *a essência da traição é a lesão a um dever de lealdade*. Desse modo, afirmava que não havia contradição com a ideia de *lesão ao dever*, pois esta não era mais que um suposto de *traição*. Entretanto, o conteúdo de *traição* — e a perda da *honra* que acarreta, para o autor — assinalaria, em boa medida, o conteúdo do novo conceito de delito.

No entanto, admitia que isto não acontecia em todos os delitos, pois, ao conceber todos os delitos como formas de uma *traição*, a ideia se torna muito abstrata e impede identificar o conteúdo dos verdadeiros e próprios delitos

418. Georg Dahm, *Der Ehrenschaft der Gemeinschaft, em Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft Fest. zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, cit., p. 1 e ss.

de traição. Schaffstein exemplifica com o roubo militar, que considerava uma autêntica traição, porque quebrava a lealdade dentro de um grupo mais restrito, mais particular, o que não acontecia no roubo de um desconhecido. Assim, ratificava que não qualquer ladrão, rufião ou encobridor podia ser considerado um traidor, mas sim na medida em que pertencesse a círculos que gerassem vínculos mais próximos de confiança, como soldados ou profissionais.

Aqui parece dar-se conta de que a questão da *traição* reconduz a um novo bem jurídico único, que, finalmente, seria a comunidade popular, o que quer evitar precisando os círculos de deveres (e de deslealdades ou infidelidades) dentro desse sistema: não a todos incumbiriam os mesmos deveres nem as mesmas lealdades ou fidelidades.

Embora para Schaffstein a traição fosse sempre uma lesão ao dever jurídico de lealdade ou fidelidade, o traidor requeria, ao mesmo tempo, um *tipo particular de disposição interna* e, nessa medida, sua ênfase era consequente com um direito penal de vontade e de disposição interna. Porém, esta disposição interna devia *acompanhar* a violação do dever e não passar a um primeiro plano, a ponto de pretender classificar os tipos em ordem aos tipos de autor; os tipos deveriam classificar-se em ordem aos deveres violados, que eram os inerentes à posição dentro da comunidade do povo (à família, à profissão, à defesa, etc.), que nada teriam a ver com a tipificação como homicida, ladrão, entre outros, que, em relação à violação do dever, pode complementá-la, mas não substituí-la. Cabe observar que, neste ponto, é manifestada a diferença com o direito penal de vontade e de autor de Freisler que, embora secundariamente, continuava admitindo o bem jurídico⁴¹⁹.

Segundo Schaffstein, esta exigência de disposição interna que devia acompanhar cada particular violação ao dever era uma espécie de valoração política da sua disposição à deslealdade ou infidelidade, uma captação da vontade que permitiria medir o grau de *desonra* entendida como *perda de confiança* em relação ao sujeito. Por isso, não o identificava com o velho *estudo criminológico positivista* (criminologia clínica), porque o tratamento naturalista do autor da escola de Liszt só procurava concretizar a periculosidade em função de fins preventivos especiais da pena, que sempre se referem a bens jurídicos. Em lugar disso, o critério de valoração da tipificação de disposição interna do *novo direito* partiria da unidade do direito com a ordem

419. Cfr. *supra*, IV, C, 2.

ética popular e, portanto, outorgava valor decisivo ao momento da violação do dever e não aos fins preventivos da pena. Exemplificava isto com o caso do traidor, em que o alemão que revelava segredos era um traidor por sua lesão ao dever de lealdade, mas não o era o espião estrangeiro que só podia ser presidiário segundo sua periculosidade.

É claro, Schaffstein observava que isso se via com clareza no caso das omissões, modelo que Kiel generalizaria. Assim, dizia que ninguém duvida que a mãe que deixa seu filho morrer de fome seja uma *assassina*, mas não assim o policial que omite intervir oportunamente, porque não se enquadra no *tipo de disposição interna de assassinato*. Justamente por isso, Schaffstein criticava a concepção dominante a respeito da omissão como problema de causalidade, sobre o que voltará a insistir. Concluía que esta desvalorização do autor conforme a sua disposição interna, que permite medir o grau de *dessonra* — que, na verdade, não era mais que desconfiança por parte da suposta comunidade popular —, não entrava em contradição com sua concepção como lesão ao dever, mas sim a complementava.

3. CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DA IDEIA DE LESÃO AO DEVER

Segundo Schaffstein, a consequência de mudar o destaque passando da lesão de direitos à de deveres se projeta sobre a teoria do delito desmanchando a concepção tripla ou estratificada. Concedendo o uso da *terminologia corrente*, entende que este deslocamento provoca uma subjetivação da ilegalidade, mas como a ilegalidade se funde com a contrariedade ao dever, entra no âmbito da culpabilidade assim que se tenta assinalar aquilo que normalmente se chama de direito penal de vontade.

Cabe observar que aqui — como depois, com maior precisão — nota-se que Schaffstein aproveitava as contradições da teoria do delito corrente na sua época para levar água ao seu moinho. Os defeitos de construção teórica dos delitos próprios do neokantismo eram constantemente revelados e explorados pelos autores de Kiel para refutar a concepção estratificada. O esforço de pós-guerra do *finalismo* e inclusive do próprio neokantismo, ao recolocar o dolo no tipo, foi uma clara resposta a estas tentativas demolidoras de Kiel.

Afirmava Schaffstein que, com esta mudança, a omissão encontra sua base mais sólida, o que leva a um agrupamento de delitos em virtude de deveres violados (e não de bens jurídicos). Considerava óbvio que a violação

do dever comunitário não era igual no assassinato que no roubo, e isso não se devia apenas à diferença entre os objetos agredidos, mas também aos diferentes âmbitos ou círculos de deveres segundo a posição do autor.

Como postulava que a desvalorização fosse feita segundo o grau de intensidade do dever omitido, dali derivava um conceito concreto de autor, *sem necessidade de comprar a ideia do bem jurídico*. Como pode-se observar, o critério leva estes autores a considerar *exemplar a estrutura omissiva do delito*.

Schaffstein respondia à objeção de que a lesão ao dever e a generalização do dever de lealdade levem à substituição de uma abstração por outra: neste sentido, sustentava que a lesão ao dever não era uma nova absolutização, mas sim um deslizamento do destaque, que se combinava com outros princípios, mas que não resultava dos tipos isolados e lacunares. Sustentava que não responde a uma ordem abstrata, mas sim à ordem concreta (aqui é clara a influência de Schmitt). Apoiava-se em Erik Wolf quando dizia que por trás do *que* (dos tipos básicos dos *delicta comunia*) esconde-se o indivíduo abstrato do iluminismo, que corresponde ao indivíduo isolado de uma época superada, ao indivíduo sem vínculos.

Apoiando-se nos tipos de delitos *próprios*, fazia notar que no código penal de 1871 havia numerosos casos em que são consideradas as relações do autor concretamente, que distingue em quatro grupos: (a) os delitos que violam deveres de ofício, função ou atividade; (b) os que violam deveres de honra e família; (c) os casos de *Untreue* (infidelidade) comercial; e (d) os delitos que lesam os deveres de fidelidade à comunidade do povo alemão como membro ou como hóspede, o que levava à diferente consideração do alemão e do estrangeiro em caso de traição e espionagem.

Com isso, queria demonstrar que — inclusive no direito vigente — o delito não se esgota na pura lesão ao bem jurídico e que tampouco pode esgotar-se a interpretação dos tipos somente do ponto de vista da mera função de proteção dos bens jurídicos. Um exemplo reiterado é o caso da testemunha que acredita que aquilo que afirma é falso, quando, na realidade, é a verdade⁴²⁰: segundo a teoria objetiva, não cometeria um perjúrio consumado, enquanto sim o faria segundo a tese subjetiva. Essa divergência teórica resultaria da diferença entre um direito penal de lesão ao bem jurídico e o de lesão ao dever.

420. Este exemplo também usa Gallas quando critica o conceito de bem jurídico (*Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, W. Gruyter, 1936), o que Belliol respondia afirmando tratar-se de um delito putativo e, portanto, impune (Giuseppe Bettioli, *Bene giuridico e reato*, em *Scritti*, cit., I, p. 324).

176

Nosso autor observava que, embora em quase todos os casos a lesão ao bem jurídico e ao dever se combinassem, o destaque sobre o primeiro leva a agrupar os tipos conforme bens jurídicos, salvo nos delitos dos funcionários, que considerava um exemplo para considerar, para reagrupar os delitos segundo as violações a deveres.

Schaffstein assinalava que um âmbito em que se destacaria particularmente a violação ao dever era o do direito penal militar, o que era especialmente importante quanto à *comunidade da defesa*. É, no mínimo, curioso que acrescente que, em tempos de mobilização total e quando a figura do *soldado político é central*, o direito penal militar não pode menos que influir sobre o comum, quando cabe observar que faltavam quatro anos para o giro do direito penal de guerra. Citava, nesse sentido, Schmitt e criticava Max Ernst Mayer, que fazia da disciplina militar um bem jurídico, pois não considerava que se tivesse ofendido essa em delitos militares como a covardia perante o inimigo ou o roubo entre camaradas.

Afirmava que correspondia a sua época a ampliação da ideia de violação ao dever muito além dos delitos de funcionários e militares, mas que não pretendia, com isto, negar a importância do objeto agredido na configuração dos tipos, porque a graduação (cabe pensar que se referia a efeitos da pena) correspondia a duas valorações diferentes, mas a essência, em todos os delitos, inclusive nos agrupados por bens jurídicos, sempre a considerava uma lesão ao dever com a comunidade (uma deslealdade ou infidelidade).

Do anterior, passava a demolir a teoria de três membros do delito, justamente por proceder da ideia de lesão ao bem jurídico, em aberta crítica pré-moderna ao iluminismo do século XVIII, ao que voltava a atribuir essa ideia.

Observe-se que, ao denunciar o iluminismo, na realidade, aquilo que negava era o *princípio de lesividade ou ofensividade*, por isso, a sua crítica não era para nada ingênua, mas sim coerente com sua ideia organicista (ou sistêmica) da comunidade popular: não há separação de direito e ética, toda a ética é direito, ou seja, que, rapidamente, apagaria nosso artigo 19 constitucional e todo esforço criticista de Kant e de Feuerbach. Justamente ficava em pé na calçada oposta e *etizava* ilimitadamente todo o direito penal, apesar de considerar que, no plano da realidade, ainda o estabelecimento compulsivo do sistema ideal de comunidade popular não tinha sido realizado por completo.

Afirmava Schaffstein que a eliminação da prioridade da *lesividade* ao

bem jurídico e a mudança da violação ao dever para o primeiro plano tinham concebida como consequência a eliminação da diferença entre tipicidade e ilegalidade, essencial do delito uma *regra exceção*, porque era natural que quem concebesse como Cabe lembrar que, na dogmática do período pós-guerra, rechaçou-se expressamente que a causa de justificação desse bem jurídico devesse admitir logo exceções. um jogo entre proibição e permissão⁴²¹.

Schaffstein — como adiantamos — aproveitava as limitações dogmáticas do neokantismo para afirmar que carece de sentido que o médico que faz um aborto e salva a vida da mãe deva beneficiar-se logo com uma exclusão de punibilidade⁴²². Afirmava que estes caminhos complicados eram apenas resultado necessário do princípio de lesão ao bem jurídico e mostram o parentesco deste com o pensamento da separação atomística do iluminismo. Afirmava que o absurdo de não propor de cara a lesão ao dever jurídico dava ao juiz a primeira impressão de que, na intervenção cirúrgica, haveria um crime. Como consequência, concluía que a *pergunta pelo objeto agredido e pela realização do tipo objetivo é secundária, porque não importa para afirmar a ilegalidade, mas sim para determinar seu grau e o da punibilidade*.

Cabe observar que a *punibilidade* operou na teoria do delito em diferentes contextos, sendo atribuídos a ela diversos caracteres: assim, não faltou quem localizou ali a imputabilidade, querendo considerar, no nível do delito, todos os autores como imputáveis; aqui se quer enviar não menos que a lesão ao bem jurídico e o tipo objetivo de lesão.

Porém, Schaffstein avançava ainda mais, considerando que resulta também em uma mudança completa da relação entre ilegalidade e culpabilidade. Para isso, empreende a sua crítica contra as diversas variantes doutrinárias da culpabilidade normativa, mas, em especial, contra o chamado conceito complexo de culpabilidade (dolo na culpabilidade) corrente em sua época e a conseguinte sistemática segundo o critério *objetivo subjetivo*, explorando com inteligência a presença dos elementos subjetivos no injusto e do dolo na culpabilidade, que considerava ressaibos do seu detestado século XVIII.

Afirmava que, ao conceber o delito como ilegalidade objetiva e a culpabilidade entendida como subjetiva contrariedade ao dever, a contrariedade ao

421. Assim, Hans Welzel, por exemplo.

422. Tratava-se, sem dúvida, de outro defeito da constituição neokantiana, amplamente superado pela dogmática posterior à guerra.

dever aparece como uma função secundária perante o conceito subordinador da ilegalidade, e não como fundamento da punibilidade, mas sim como limitador desta.

4. INTENSIFICAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DOS DEFEITOS CONSTRUTIVOS DO NEOKANTIANISMO

Schaffstein avançava explorando os defeitos da construção neokantiana do delito baseada no critério *objetivo subjetivo*, mais ou menos matizado, para tentar acabar com a distinção entre antijuricidade e culpabilidade. Embora aproveitasse a fraqueza derivada dos elementos subjetivos no injusto e objetivos na culpabilidade, tampouco deixava de observar — embora um pouco confusamente — que quer se colocar a culpabilidade normativa (valorativa) no mesmo plano de um conceito empírico como a *periculosidade*, que demonstraria estar estreitamente ligada na sua origem à ideia da proteção ao bem jurídico e, além disso, contradiziam o privilégio do autor *por consciência* postulado por Radbruch.

Afirmava que, quando se considerara que a essência do delito é a lesão do dever com todos seus componentes subjetivos na relação com a ordem ética popular, passa a segundo plano a importância da lesão ao bem jurídico e, com esta, também a separação entre ilegalidade e culpabilidade, que se tornaria desnecessária.

Aqui parece, à primeira vista, haver uma espécie de *salto lógico* no pensamento, porque afirma que, no direito penal nacional-socialista, tudo resulta abrangido com a fórmula do direito penal de vontade (*Willensstrafrecht*). *A concepção do delito como lesão ao dever* — escreve Schaffstein — *está subordinada ao Willensstrafrecht do mesmo modo que a lesão ao bem jurídico estava relacionada com o direito penal de resultado*, o que se manifestava no tratamento penal da tentativa: no direito penal de violação do dever, não caberia distinguir quanto à pena, porque a violação seria idêntica, à diferença do direito penal de lesão ao bem jurídico.

Schaffstein extrai consequências disso para o estado de necessidade que, como é sabido, respondia a uma carência do código de 1871, que obrigava a construí-lo remetendo ao código civil e concebendo causas *supralegais* de desculpa, quer dizer, estendendo a letra do código, como fizeram Freudenthal e Goldschmidt⁴²³.

423. Embora no código argentino sempre tenha sido possível construí-lo sem sair da sua letra, quando chegou

Afirmava que o novo direito penal nacional-socialista o devia fazer sobre a base da tolerância conforme o *são sentimento do povo*, o que considerava por completo diferente do pensamento de Goldschmidt e Eberhard Schmidt, que classificava como *individualista*, porque baseava seu critério valorativo em um abstrato *quem* extraído de uma *média* segundo a qual não se pode exigir o heroísmo (ou do *humano como medida de todas as coisas* de Freudenthal). Objetava que toda a doutrina reconhecia que não se pode eximir por estado de necessidade o bombeiro ou o guia de montanha, o que estendia a todos os casos, como consequência da posição que o sujeito ocupa no sistema (comunidade do povo) e os consequentes deveres que lhe incumbem. Acrescentava que, em caso de traição à pátria, como todo *partícipe do povo* (*Volksgenossen*) *é um soldado político*, devia exigir-se dele inclusive o heroísmo⁴²⁴.

Justamente, partindo desta ideia de *exigibilidade* conforme o âmbito de dever que se desprende da posição do sujeito na comunidade popular e não de nenhuma *média abstrata*, insistia na estrutura exemplar do conceito de delito em forma omissiva. Para isso, sintetizava a proposta da ideia *liberal* da essência do delito na fórmula *lesão ao bem jurídico = iluminismo = proibição de ingerência agressiva nos direitos do cidadão = omissão dessas agressões = excepcionalidade dos deveres ativos*, e concluía que, desse modo, construiu-se a teoria do delito sem considerar a omissão. Contudo, acreditava que, como não se pôde ignorar por completo a omissão, tipificaram-se as suas formas mais graves e, para não entrar em contradição com o princípio de lesão ao bem jurídico e o iluminismo, foi necessário colocar a omissão como causa do resultado, com grandes confusões que levaram a tratar a omissão como um problema de causalidade.

Considerava que, desse modo, foi nada menos que a questão básica da teoria do estado (*que é em que medida* pode-se exigir de alguém a realização de condutas positivas), que se apresentou no direito penal como uma questão de causalidade *sob a roupagem da lógica metódica do positivismo*.

Exemplificava seu critério e a diferença com a proposta neokantiana da omissão com o caso do guia de montanha que abandona quem caiu na fenda para roubar seus pertences, comparando-o com a situação que propõe a omissão por parte de terceiros, como companheiros de turismo, parentes, guias

a tese da culpabilidade normativa, pretendeu-se que a diferença com o psicologismo de von Liszt fossem estas causas *supralegais*, o que foi um verdadeiro escândalo nos anos cinquenta do século passado.

424. Ignora que a cada magnitude do injusto corresponda um grau de repreensão, o que permite resolver sem renegar a concepção estratificada, assim como que ninguém exige que uma morte certa e quase certa seja enfrentada.