

Capítulo V

O NAZISMO E A TRADIÇÃO NEOKANTIANA

A. A PAX DOGMÁTICA COMO CIÊNCIA DURA?

1. A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ CHEGA A NÓS

Quando aparentemente a *luta de escolas* italiana transferida para a América Latina terminou, falou-se com otimismo da *pax dogmática*, em alemã e a importou. Na verdade — e como é habitual —, este juízo obedece a uma sensação que era produto do *campanário aldeão* do direito penal, mas que perdia de vista o marco de poder mundial e, desse modo, acreditava com ingenuidade que a dinâmica do nosso saber em *própria* e alheia ao mundo.

Na realidade, a famosa *luta de escolas* nunca foi tal, porque a chamada *escola clássica* foi a invenção mais duradoura de Enrico Ferri, dado que nunca existiu uma *escola* fundada por Beccaria e finalmente comandada por Francesco Carrara, com a qual se identificaram os jusnaturalistas católicos, liberais contratualistas, hegelianos, correcionalistas krausistas, entre outros, quer dizer, pouco menos que uma assembleia legislativa multipartidária.

Esta versão ferriana — aceita em nossa região sem discussão — foi, na realidade, uma confrontação ideológica que teve diversas versões *nacionais* e que, como toda disputa ideológica relevante, respondia a uma confrontação política em escala de poder mundial. Discutia-se na *aldeia penal*, mas sem ser percebida por parte dos *aldeões advogados criminalistas* que protagonizavam só a contraposição ideológica entre o racismo evolucionista do reducionismo biológico de Spencer (próprio do neocolonialismo e *livre mercado* do imperialismo anglo-saxão) com os sobreviventes impulsos liberadores dos discursos de ascensão da burguesia europeia do século XVIII (Ilustração e liberalismo contratualista).

O biologismo racista entrou em crise quando sua versão *involutiva* (Gobineau e Chamberlain), adotada pelo imperialismo alemão desde a Primeira Guerra Mundial, explodiu letalmente com o nazismo e finalmente acabou,

arrastando, em sua queda, todos os discursos racistas *muito manifestos* (suas expressões latentes e dissimuladas perduram até o presente).

Na América Latina, desde o século XIX, o biologismo racista *evolutivo*, em virtude do neocolonialismo anglo-saxão, dominava nas nossas academias (com muito honrosas exceções) e, principalmente, no discurso penal e criminológico, em plena coincidência com o discurso político das minorias latifundiárias que depois das guerras fratricidas tinham montado as diferentes *repúblicas oligárquicas* (*patriciado* peruano, *porfiriato* mexicano, *república velha* brasileira, *oligarquia bovina* argentina, etc.), cujas elites intelectuais eram tributárias das estupidezes de Spencer, o que lhes permitia justificar a prorrogção indefinida da vigência real das suas Constituições liberais mais ou menos copiadas da norte-americana.

Desde 1910 — com a Revolução Mexicana, que foi a mais sangrenta guerra civil regional do século passado —, as *repúblicas oligárquicas* começaram a desmoronar, e surgiram diversos movimentos pluriclassistas que, apesar das suas características, não sempre todas positivas, impulsionaram o desenvolvimento e ampliaram a base de cidadania real (APRA peruano, MNR boliviano, *varguismo* brasileiro, *yrigoyenismo* e *peronismo* argentinos, *velasquismo* equatoriano, *cardenismo* mexicano, etc.).

A estes movimentos e aos seus reaparecimentos em versões atualizadas até o presente chama-se *populismos*, geralmente com pretensão pejorativa para desqualificá-los como imitadores dos totalitarismos europeus do período entre guerras, por isso, em nossa região, é importante cuidar a tradução literal da expressão *völkisch*, cuja tergiversação encerra uma armadilha política³¹¹. A verdade é que debilitaram as oligarquias locais, proconsulares dos interesses das diversas manifestações do neocolonialismo, ou seja, as *repúblicas oligárquicas* e seus intelectuais biologistas racistas³¹², no fim da Segunda Guerra, estavam em plena decadência e, com eles, o positivismo *perigosista* no campo penal e criminológico.

311. No texto sempre a traduzimos por *popularismo*, como falamos, na versão europeia, denota a tática política de aprofundar os prejuízos discriminatórios existentes em uma sociedade para manipular o povo, técnica que Hitler tinha aprendido do governador antisemita de Viena, Karl Lueger (1844-1910). A diferença entre estes movimentos e os fascismos europeus são destacadas até pelos europeus como Eric Hobsbawm (*História do século XX*, Buenos Aires, Crítica, 2012, p. 121) e norte-americanos (cf. Michael Mann, *Fascists*, Cambridge University Press, 2004).

312. O reducionismo racista tinha sido acolhido também por algumas minorias intelectuais latino-americanas, consideradas *progressistas* e até socialistas, aquilo que na *aldéia penal*, contribuiu para derrubá-lo estrepitosamente foi a adesão de Ferri ao fascismo em 1923 (sobre isso, Victor Manuel Macías Caro, *O papel de alguns penalistas italianos durante o fascismo*, em *O direito penal do pós-guerra*, Valência, Tirant lo Blanch, 2016, p. 571).

Em síntese: o descrédito mundial do racismo e a debilidade regional das oligarquias coincidiram em produzir um vazio discursivo no saber jurídico penal, que demandava uma urgente renovação doutrinária. Esse foi o momento, em meados do século passado, no qual chegou a dogmática penal alemã à América Latina³¹³, para encher o enorme vazio discursivo produzido pela crise do positivismo.

Não poderia negar-se, tampouco, certo peso que começava a esgotar a paciência de advogados criminalistas locais, em razão das imprecisões das polícias do perigo positivista, que às vezes caía em um diletantismo insuportável. A rápida difusão da dogmática alemã tampouco foi alheia à prévia recepção espanhola e a posterior diáspora do penalismo republicano pela nossa região³¹⁴.

Nesse contexto mundial e regional, a chegada da dogmática penal alemã foi uma inegável rajada de ar fresco: chegava algo racional, no sentido que oferecia soluções mais precisas a muitos casos e provinha do país onde o método jurídico tinha sido elaborado com a mais fina filigrana, que era rodeado de uma auréola de *ciência pura* que, por outra parte, adaptava-se aos tempos em que a *ciência* se glorificava, em especial, a física. Em todos os campos do saber, tentava-se imitar a física — o chamado *fiscalismo* — e os advogados criminalistas não eram alheios a isto, em seu afã por sair da sombra de caráter científico duvidoso do seu saber e ocupar um lugar acadêmico junto aos cultores das *ciências duras*. Na realidade, aquilo que recebíamos era a dogmática penal alemã elaborada pelo *neokantismo*, do qual passamos a nos ocupar.

2. O NEOKANTISMO PENAL ALEMÃO

O *positivismo perigosista*, embora refletisse forças mundiais, na *aldeia penal* se formou como produto de um *acordo entre polícias com poder e sem discurso e médicos com discurso e sem poder*, que deixava em posição subordinada os juristas, tributários dos ensinamentos dos médicos: a *criminologia etiológica do reducionismo biologista estava engolindo o direito penal*. Se a postura determinista do positivismo fosse levada ao extremo, nada ficaria do direito penal, como tinha sonhado Pedro Dorado Montero com seu *direito*

³¹³. A prévia chegada de textos alemães havia ocorrido no Brasil, por obra de Tobias Barreto na segunda metade do século XIX e com a tradução portuguesa do *Lehrbuch*, de Franz von Liszt, realizada também no Brasil.

³¹⁴. Sobre a recepção espanhola, muito bem exposta por Francisco Muñoz Conde em *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, *op. cit.*, que é obra de leitura obrigatória neste tema.

*protetor dos criminosos*³¹⁵, embora a forma por que se produzia fosse diametralmente oposta ao anarquismo romântico do professor salmantino³¹⁶. Por isso, os juristas se sentiram incômodos e começaram a tratar de libertar-se dessa posição de subordinação, como, por exemplo, com a proposta de *escola técnico-jurídica* de Arturo Rocco na Itália³¹⁷.

Os advogados criminalistas alemães tinham reagido contra esta subordinação do direito penal à criminologia desde o início do século passado³¹⁸, quando decidiram ir deixando de lado o positivismo de Franz von Liszt, para quem, em seu *sistema integrado*³¹⁹, a verdadeira ciência era a criminologia etiológica, que nutria a *política criminal*, enquanto o direito penal se reduzia a ser uma espécie de contenção desta.

O penalismo alemão percebeu claramente que, para escapar a esta subordinação, precisava *desintegrar* o sistema, realizando uma nítida separação entre as ciências, recorrendo à classificação de Dilthey entre ciências *naturais* (*Naturwissenschaften*) regidas pela causalidade e ciências *culturais ou do espírito* (*Kulturwissenschaften*)³²⁰ regidas pelos valores, deixando a criminologia etiológica entre as primeiras e passando o direito penal à segunda categoria.

Assim, não só o direito penal se independizava da criminologia etiológica — como se pretendia —, mas também esta última ficava subordinada ao direito penal, já que era este aquele que delimitava o círculo dos comportamentos criminais e, por conseguinte, o âmbito epistemológico da criminologia etiológica. Dentro deste esquema, parece fazer algum ruído lógico na definição dos limites epistemológicos de uma *ciência natural* por parte de uma *ciência cultural*, o que não parece ter preocupado muito os advogados criminalistas da época, que, com este critério, deixavam a criminologia nas mãos dos médicos, mas em um *canto da faculdade de direito*. Em rigor, não fica claro se era desintegrado o sistema das *ciências penais* ou se,

315. Pedro Dorado Montero, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1916.

316. Sobre Dorado, Manuel de Rivacoba e Rivacoba, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*. Santa Fé, Universidade do Litoral, 1962.

317. Arturo Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, em *Revista Italiana de Direito e Processo Penal*, 1910, pp. 497-525 e 561-582.

318. Entre os Trabalhos pioneiros, Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlicher Systematik*, Berlim, 1904.

319. Alessandro Baratta, *Criminologia e dommatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, em *La Questione Criminale*, Bologna, 1979, pp. 147-183.

320. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und ihrer Geschichte*, Berlim, Duncker & Humblot, 1883 (*Introdução às ciências do espírito*, Buenos Aires, 1943).

na realidade, invertia-se a relação entre o direito penal e a criminologia em uma nova integração.

O penalismo alemão se libertou do positivismo de Liszt — e do conseqüente patronato da criminologia etiológica — recorrendo à filosofia do chamado *neokantismo sudocidental* ou de *Baden*, cujos máximos expoentes foram Windelband, Rickert, Scammler e Lask, que ampliavam o conceito de *ciência*, afastando-se do puro interesse epistemológico do *neokantismo de Marburgo* — do qual se pode considerar que deriva Kelsen — e que não era apto a dar base à dogmática penal.

Como o neokantismo classifica o direito como uma ciência *cultural* (ou *do espírito*), sua versão penal parte de uma teoria do conhecimento conforme a qual as entidades do mundo se apresentam desordenadas e, portanto, não são disponíveis. Dito de forma muito gráfica, o mundo real seria como uma casa à qual se chega em uma mudança, onde tudo está misturado e, embora exista materialmente, a casa não se pode usar porque não há ordem e, em consequência, não é habitável, não pode usar-se como casa, não está *disponível*.

Para os neokantianos, aquilo que põe ordem no mundo e o faz disponível é o *valor*, que permite localizar cada entidade em seu lugar. À pergunta: *o que são os valores?* respondem que *os valores não são, mas sim valem*. Ficaria pendente saber *para quem valem ou quem faz que valham* — pelo menos no campo dos valores jurídicos —, e a resposta poderia ser *talvez para quem os impõe*, questão central da axiologia, referida à objetividade e à subjetividade dos valores, que não discutimos agora, mas é mister advertir que o neokantismo não tem outro remédio a não ser sustentar a tese da objetividade³²¹.

3. ORDENA-SE OU CRIA-SE?

Na realidade, ainda que se afirme que *as coisas existem*, a sua existência não parece ter muita importância, exceto se o *valor* colocar ordem e nos permitir usá-las como aquilo que *cada coisa é*, ou seja, esta teoria do conhecimento não pode negar que o *valor* cumpre uma função *criativa*. Isto tem um importantíssimo efeito prático na dogmática penal: os dados do mundo não ordenados pelo *valor* não se podem incorporar à construção dogmática jurídico-penal, porque, embora pertençam à realidade, não estão disponíveis,

321. Em 1975, Heinrich Henkel, notório advogado criminalista neokantiano identificado com o regime, insistia no livro de comemoração a Schaffstein na objetividade dos valores e se apoiava em parte em Larenz (*Recht und Wert*, em *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli: 1975*, Göttingen, 1975, p. 13 e ss.).

dado que ficaram fora da ordenação disposta pelo *valor* e, por conseguinte, não se podem usar.

Como é sabido, desde seu positivismo criminológico, Liszt tinha construído uma teoria do delito conforme o esquema objetivo (injusto) e subjetivo (culpabilidade). A injustiça era a causação física do resultado danoso e a culpabilidade era a causação *psíquica*. Ambas as causações eram *descritivas ou naturais*. A ideia de *causação psíquica* independente da *física* (dualismo causal) era própria da psicologia empírica e comum com a futura psicanálise, mas não alterava em nada o esquema determinista de Liszt, que, embora concebesse a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade *psicológica*, fazia-o pedindo emprestado um componente valorativo que soava como cunha de estranha madeira em sua construção da teoria do delito: a normal motivação³²³.

Em 1906, Beling com a teoria do tipo³²⁴, introduziu uma distinção no interior do injusto, sem alterar o esquema geral de Liszt, por isso, logo se classificou a teoria do delito de Liszt e Beling como *clássica*, denominação que não é muito adequada para conceitos que evoluem por décadas.

O neokantismo penal tomou o esquema de Liszt e o foi desenvolvendo conforme a sua teoria do conhecimento, sem abandonar a sistemática originária do injusto *objetivo* e a culpabilidade *subjetiva*. Não obstante, o neokantismo trouxe importantes mudanças conceptuais internas. Em princípio, o muro que dividia o objetivo do subjetivo se tornou poroso, em virtude do descobrimento dos chamados *elementos subjetivos do tipo ou do injusto*, introduzidos por Hegler³²⁵ e Max Ernst Mayer³²⁶. Quase ao mesmo tempo, a dogmática neokantiana redescobriu o esquema ético da culpabilidade como *dívida* e Reinhard Frank elaborou a teoria da culpabilidade normativa³²⁷, na qual trabalhariam mais tarde Berthold Freudenthal³²⁸ e James Goldschmidt³²⁹. No fim da década dos anos vinte, colocaram-se em

322. Respondiam a uma tese dualista da causalidade (física e psíquica), diferenciando-se de Fern e dos positivistas italianos, que partiam de uma teoria monista segundo a qual a única causalidade é a física

323. Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1891 e sucessivas edições até Liszt-Schmidt.

324. Ernst von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

325. August Hegler, *Merkmale des Verbrechens*, em ZStW, 1915, p. 76 e ss.

326. Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, C. Winters, 1915 (2ª ed., 1923).

327. Reinhard von Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, Alfred Topelmann, 1907.

328. Berthold Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tubinga, 1922.

329. James Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff, em Fest. F. Frank*, Tubinga, 1930, p. 428 e ss.

relevo as dificuldades que apresentava o dolo na culpabilidade³³⁰, embora sem maior transcendência naquele momento.

Todos estes avanços neokantianos, embora se separassem do determinismo causal de Liszt e do seu *naturalismo*, reafirmaram a ideia de uma teoria do delito *estratificada*, mesmo com algumas variantes: antes a introdução da criminalização tinha permitido que a punibilidade ficasse fora da teoria do delito. O neokantismo problematizou as relações entre a criminalização e a ilegalidade, e elaborou diversos conceitos de ação ou conduta. De qualquer forma, mantinha-se a definição *estratificada*: ação, típica, antijurídica e culpada.

Estas discussões foram sendo produzidas durante a república de Weimar, quando os protagonistas da suposta e velha *luta de escolas* — Franz von Liszt (1851-1919) e Karl Binding (1841-1920) —, tinham desaparecido deste mundo. Ernst von Beling (1866-1932) morreu pouco depois de publicar a sua complexa *teoria do tipo*³³¹; Reinhard von Frank (1860-1934), dois anos mais tarde; Berthold Freudenthal (1872-1929) e Max Ernst Mayer (1875-1923) haviam falecido antes. Assim, ao chegar o nazismo ao poder, não restava ninguém da velha guarda e havia poucos da segunda. Quase o único neokantiano que tinha começado a produzir nesta vertente desde o início do século era Gustav Radbruch.

Já que a teoria do conhecimento neokantiana permite construir a dogmática com bastante soltura, posto que *tudo depende dos valores que se levem em conta como ordenadores do mundo*, e dos correspondentes dados *incluídos ou excluídos pelo valor* com relativa arbitrariedade seletiva, não faltaram autores liberais que trabalharam a dogmática penal conforme os valores desta linha política. Neste sentido, pode considerar-se liberal o neokantismo de Gustav Radbruch (1878-1950), Max Ernst Mayer, Max Grünhut (1893-1964), Berthold Freudenthal, James Goldschmidt (1874-1940) e acreditamos que também o de Hellmuth von Weber (1893-1970)³³².

Quando em 1933 o nazismo chegou ao poder, rapidamente tirou do

330. Hellmuth von Weber, *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929.

331. Ernst von Beling, *Die lehre von Tatbestand*, Tubinga, 1930.

332. O compromisso com o nazismo que se atribui a Helmuth von Weber é relativo e é explicado muito bem por Christiano Falk Fragoso (*op. cit.*, p. 142). Em 1933, foi encomendado, junto a Friedrich August Oetker e Johannes Nagler, um relatório sobre a probabilidade de aplicar a lei penal retroativamente. Sobre a base da diferente redação da Constituição de Weimar e do § 2 do StGB, determinaram que não era possível aplicar uma lei retroativa que tipificasse o que antes era atípico, mas que poderia ser feito se somente agravasse a pena. Quanto à consulta sobre a possível criação de um tribunal especial para julgar o incêndio do *Reichstag*, opinaram que seria necessária uma reforma constitucional. Não parece haver acontecido outra intervenção e até se dificultou a sua mudança para outra universidade.

meio os sobreviventes deste liberalismo penal: Radbruch foi afastado da atividade universitária, dedicando-se a escrever seu livro sobre Feuerbach, justamente o fundador do liberalismo penal alemão, que publicou em Viena³³³. August Hegler, Grünhut e Goldschmidt estavam exilados por serem judeus. Hellmuth von Weber investigava o direito medieval³³⁴. Obviamente, a forma neokantiana de *ordenar o mundo* destes autores, não era a que o *Führer* queria.

4. OS VALORES ORDENADORES NAZISTAS E A GUERRA DOGMÁTICA

Os teóricos políticos do nazismo não só se ocuparam de tirar do meio os neokantianos *judeus e liberais*, mas também demarcaram o campo de jogo à dogmática penal. Foi direta e claramente Hans Frank, o presidente da *Academia*, quem se ocupou de assinalar aos doutrinários jurídicos sua função e seus limites políticos no marco institucional desses anos.

Dirigindo-se aos juristas advertiu sem meias palavras que tinham proibida toda crítica à lei, porque, assim como todo bom nazista, *estão estritamente ligados ao seu Führer pelo dever de lealdade e obediência*. A natureza da ciência jurídica — da dogmática — não seria outra que a de um *serviço prestado ao Führer*, que consistiria unicamente em fornecer um aparelho de compreensão do direito. *As conclusões do pensamento jurídico, da investigação e da doutrina jurídica, não podem não concordar sempre com o governo e com a condução política*³³⁵.

Assim, desde a cúpula jurídica do nazismo, era proibido aos juristas criticar a lei e era mandado que se limitassem a racionalizar seu conteúdo, o que parece ter sido a ordem respeitada na dogmática penal desses anos e que, por outra parte, respondia muito bem aos princípios do neokantismo jurídico. Rapidamente, este começou a *reordenar* os conceitos dogmáticos conforme os novos *valores*, foi acomodando estes em categorias da teoria do delito, o que estava em perfeita harmonia com a instrução recebida. Novas figuras passaram a ocupar o primeiro lugar no cenário da dogmática alemã.

Não é por completo verdade que os conceitos tenham sido manipulados, mas, para cumprir a função que Frank atribuía à ciência jurídica, o

333. Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Springer, 1934.

334. Cfr. nosso estudo preliminar a Hellmuth von Weber, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán*, trad. de Leonardo Brond, Buenos Aires, Ediar, 2008.

335. Hans Frank, *Fondamento giuridico dello Stato Nazionalsocialista*, *op. cit.*

neokantismo resultava quase ideal: dado que os valores ordenam o mundo real caótico, sempre se tratará de ver quais são os valores que ordenam, e aqui foram os valores nazistas que passaram a ordenar o mundo, a tornar disponível tudo aquilo que o valor incluía e a excluir tudo aquilo que perturbava ou incomodava a quem impôs esses valores.

Não obstante, pouco a pouco viu-se que esta tarefa não se deslocava sobre um terreno plano e pacífico, pois apareceram dois jovens advogados criminalistas nazistas que desafiaram os neokantianos, estigmatizando-os como *liberais*. Declarou-se uma guerra entre Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, por um lado (cujos trabalhos se conhecem como *Escola de Kiel*, de cujos desenvolvimentos nos ocupamos nos capítulos seguintes), e os neokantianos nazistas, pelo outro. Para os primeiros, os neokantianos sustentavam uma teoria do delito estratificada, concebida sob o império do direito penal liberal e, por conseguinte, inadequada para adaptar-se a uma nova forma de Estado.

Em geral, negavam diretamente os benefícios da construção estratificada da teoria do delito, cancelavam a ideia de bem jurídico, concebiam o delito de forma omissiva como violação de dever, afirmavam que carecia de sustento a distinção entre criminalização e ilegalidade e também a desta última com a culpabilidade, valiam-se dos defeitos lógicos da construção neokantiana para demoli-la totalmente, mas, basicamente, o enfrentamento respondia a que os neokantianos entendiam que sua dogmática era apta para interpretar as leis nazistas, porque era uma *ciência apta para interpretar qualquer direito*, enquanto os de Kiel afirmavam que *cada sistema político requer uma dogmática própria*.

A verdade é que este ataque forçou o neokantismo penal a redobrar seus esforços para *interpretar* da melhor maneira possível e conforme os valores do *Führer* a terrível legislação penal a que nos referimos antes; e, na verdade, cabe reconhecer que puseram especial empenho nesta tarefa.

5. O NEOKANTISMO DE MEZGER

É claro que as teorias de Kiel não chegaram à América Latina, porém, depois da guerra, recebemos a dogmática neokantiana que tinha sido utilizada na forma indicada por Hans Frank. Contudo, os velhos autores do neokantismo liberal tampouco chegaram nunca até nós, porque seus trabalhos penais só foram traduzidos ao castelhano em tempos recentes e como material histórico; mas, nos tempos de esplendor do neokantismo, o que

chegou a nós foi a produção da versão que tinha respeitado as diretivas de Hans Frank e principalmente a obra do professor de Munique, Edmund Mezger, através da sua tradução castelhana³³⁶, que foi o baluarte da chamada *teoria causalista do delito* que, no pós-guerra e entre nós a partir do fim dos anos sessenta e do começo dos setenta, foi de encontro à chegada do *finalismo* e o *ontologismo* — conservador, mas realista — de Hans Welzel.

Longe de chegar até nós uma *pax dogmática*, vieram os restos de uma *guerra dogmática* entre nazistas. Embora depois da guerra tenha se tentado difundir a ideia de que só haviam sido nazistas os de Kiel, enquanto os outros tinham mantido uma posição *científica, asséptica* — e alguns mais confusos acreditaram que inclusive *liberal* —, na realidade, a *guerra dogmática* que ocorreu na Alemanha entre 1933 e 1945 foi um confronto *entre advogados criminalistas nazistas*, que concorriam academicamente para interpretar melhor as leis que emanavam do *Führer* e os seus coroinhas.

Aquilo que chegou depois do desastre foram os sobreviventes da catástrofe que procuravam dissimular seu envolvimento teórico sob o manto da *cientificidade* ou *neutralidade científica*, o que, em grande medida, contribuiu para desorientar o penalismo latino-americano, que, despojando de conteúdo político o material importado, esqueceu muitas vezes que nunca pode haver *asepsia ideológica* quando se projetam decisões de poder, porque isso é impedido pela própria natureza das coisas,

É claro que isto não exclui a utilidade do material recebido, como muitas vezes o material que um país descarta é útil para outros, e, é verdade que, ante a orfandade discursiva na qual nos tinha deixado a feliz queda do racismo neocolonialista do *biologismo perigosista*, serviu para introduzir uma nova metodologia mais racional, mas que até a atualidade costuma considerar-se *asséptica e politicamente neutra*, quando, na realidade, também tinha sido um instrumento interpretativo da horripilante legislação penal dos anos que nos ocupam.

Sobre Edmund Mezger (1883-1962) existe uma muito cuidadosa investigação do catedrático de Sevilha, Francisco Muñoz Conde³³⁷, que deu origem a uma grande polémica espanhola, mas cuja leitura é imprescindível para quem quer se aprofundar não unicamente nos escritos, mas também

336. Edmund Mezger, *Tratado de direito penal*, trad., de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madri, Revista de Direito privado, 1935. A tradução do seu *Livro de estudo* foi realizada por Conrado A. Finzi em Córdoba e foi publicada em Buenos Aires em 1959.

337. Referimo-nos a seu *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, já citado.

na vida e personalidade deste advogado criminalista de indiscutível filiação nazista, que não só participou ativamente nas reformas desses anos (inclusive na do § 2o do código alemão) e que, junto com Franz Exner — que mencionamos antes³³⁸ — culminou em um projeto sobre *estranhos à comunidade* *tionslager* de Dachau em 1944³³⁹.

Remetemos à detalhada investigação de Muñoz Conde quanto ao resto, limitando-nos aqui a mostrar como a teoria do conhecimento neokantiana permitiu *reordenar* alguns conceitos básicos do mundo penal conforme os *valores nazistas*. Para tanto, cabe ter presente, em geral, que Mezger estava profundamente influenciado pelas teorias biologistas, a ponto de fazer uma incursão na criminologia desta corrente com um texto que foi publicado em castelhano³⁴⁰ e em cujo prólogo começa sintetizando seu pensamento: *o retribucionismo e a prevenção especial fracassaram antes, mas agora chega a uma síntese mais alta, ou seja: o pensamento da responsabilidade do indivíduo ante seu povo e o da regeneração racial do povo como um todo, porque o novo Estado totalitário se eleva apoiando-se nos princípios básicos de povo e raça.*

Realmente, surpreende que estes parágrafos e o conteúdo dos escritos de Mezger nesses anos não tenham derrubado a pretensão de *asepsia política* do seu tempo, a ponto de que autores de inquestionáveis e firmes convicções democráticas tenham acreditado, de boa-fé, que a sistemática de Mezger era garantia de direito penal liberal e que seu autor era só alguém *obrigado* ou *forçado* a adaptar-se às novas diretivas políticas. Embora hoje resulte quase inacreditável, assim aconteceu em seu tempo, por parte de investigadores que eram contrários ao seu pensamento, como os advogados criminalistas espanhóis da diáspora republicana³⁴¹ e como seu próprio tradutor na Argentina,

338. V. *supra* IV, B, 5. Em castelhano pode-se ver. Franz Exner. *Biología criminal em seus traços fundamentais*. Trad. de Juan del Rosal. Barcelona. Bosch, 1957, em que, entre outras coisas, manifesta que a sociedade norte-americana exige dos negros um esforço que não estão em condições biológicas de atender, por isso há uma representação exagerada de afro-americanos nos presídios.

339. Sobre Mezger, também Gerit Thulfaut, *Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik – Ein personelles Problem? Vom Karriereweg des Edmund Mezger*, em Gerhard Pauli e Thomas Vormbaum (eds.), op. cit., p. 199 (refere-se a polémica espanhola na p. 208). Do mesmo autor: *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883 – 1962). Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

340. Edmund Mezger, *Criminología*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Direito Privado, 1940.

341. Luis Jiménez de Asúa não considerava Mezger um nazista, mas sim alguém sem valor pessoal suficiente: referindo-se ao *Grundriss* de Mezger de 1940, diz que, na sua quarta parte, o autor, que não teve amarras para defender as suas antigas ideias liberais, expõe os fundamentos do Direito penal nacional-socialista (O direito penal totalitário na Alemanha e o direito voluntarista, em *Revista de Direito Penal*, Buenos Aires, Ediar, ano 1, nº 1, 1945, p. 29 e ss., p. 43). A opinião de Francisco Basco e Fernández de Moreda era análoga naqueles anos (cfr. seu artigo *As escuelas de Kiel e de Marburgo*, e

expulso por ser judeu da universidade fascista italiana³⁴².

É possível que sob uma ditadura alguém se veja forçado a escrever alguns parágrafos de circunstância, mas a profusa produção de Mezger nesses anos demonstra que ele se sentia muito confortável sendo um difusor do combate ao delito mediante a *erradicação (Ausmerzung) da parte de população danosa ao povo e à raça*, propondo inclusive a *Ausscheidung* da sociedade humana dos incorrigíveis, expressão que significa *excreção*, e que tinha proposto desde os tempos de Weimar³⁴³.

B. ALGUMAS REFORMULAÇÕES NEOKANTIANAS SEGUNDO OS VALORES NAZISTAS

1. A REFORMULAÇÃO DA CULPABILIDADE NORMATIVA POR MEZGER

Em seu célebre trabalho intitulado *Política criminal sobre fundamento criminológico*³⁴⁴, dá como superada a luta de escolas, porque *a comunidade do povo, considerada uma comunidade de grandeza biológico-histórico-orgânica, baseada no sangue e na raça, sobre um chão e um destino histórico comuns e conduzida conscientemente*, permite-lhe sintetizar todas as medidas penais.

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

Como compreende que a culpabilidade normativa ou *pele fato* não obtém os mesmos resultados que a *periculosidade*, afirma que isto contradiz os objetivos da política criminal, por isso, defende uma pena por culpabilidade

a doutrina penal nacional-sociaista, em *Criminalia*, México, dezembro de 1943, p. 235 e ss). Em conversa pessoal, Blasco Fernández de Moreda relatou-nos haver conversado com Mezger em um evento científico em que se mostrou atento com ele e inclusive lhe enviou alguns livros, mas por meio de um terceiro, de forma cautelosa, dando a impressão de um homem assustado.

342. Nos referimos ao pesquisador de destaque da Universidade Nacional de Córdoba, Conrado A. Finzi, filho de Marcello Finzi, Sobre a separação de juristas das cátedras italianas, entre eles, os Finzi como também Tullio Ascarelli e Giorgio Del Vecchio ver Enzo Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari, Laterza, 2008, p. 89.

343. Em MSchrKrim, 19, 393, 1928, citado por Gerit Thulfaut, *Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik*, op. cit., p. 202.

344. Edmund Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 2ª. ed., Estugarda, 1942.

de autor, quer dizer, uma pena que não seja só dependente do fato objetivo, mas também da essência subjetiva e pessoal do autor, como o dispõe o § 20^a do código (a pena indeterminada para habituais introduzida pelo nazismo).

Não é simples passar de uma *culpabilidade de ato* a outra *de autor*, sem que desapareça a culpabilidade e, por conseguinte, fique só uma *periculosidade* fundada de forma determinista. Para Mezger, a *eliminação* era imposta aos *incorrigíveis*, pois acreditava que nestes operavam determinantes biológicos, mas pretendia que a *eliminação* não deixasse de ser uma resposta à *culpabilidade*, o que é de difícil explicação, como ficou em evidência em seu lamentável debate com Grispigni, no qual este último parece muito mais claro, que somente apela à *periculosidade* para uma melhor interpretação da legislação nazista³⁴⁵.

A contradição da culpabilidade *pelo fato* com os requerimentos repressivos e *depuradores da comunidade do povo* tinha sido destacada por Siegert, quem procurou sair do enredo com um *conceito material de culpabilidade* que, em suma, é culpabilidade de autor como *juízo de contrariedade ao dever popular (Volkspflichtwidrigkeit)*. Siegert afirmava que Freudenthal tinha provocado o descrédito de toda a sua teoria normativa da culpabilidade como resultado da recriminação ética individual, que *o levava a estimar a contrariedade ao dever, a exigência jurídica do comportamento conforme o direito, segundo a possibilidade anímica do indivíduo, com o qual o direito penal devia capitular ante os fracos e covardes*. Cabe perguntar-se se esta afirmação de Siegert não sugere que os *fracos* deviam ser eliminados.

Pelo contrário, para evitar a questão fundamental, quer dizer, a pretensão de exigir de alguém algo que, no momento, não podia fazer, queria medir a contrariedade ao dever considerando o indivíduo como membro responsável pela totalidade³⁴⁶. Neste sentido, tudo indica que Siegert incorria na *responsabilidade social*, resultante do simples pertencimento à sociedade, assim como o tinha pretendido Ferri, embora precise que para Liszt a culpabilidade era de *caráter*, e, *para o Estado nacional-socialista, o ponto de partida não é a sociedade, mas sim a raça*; dito de outra maneira, pretendia construir uma *culpabilidade material* por simples pertencimento à *raça*, ou seja, que substituía a *responsabilidade social* ferriana pela *responsabilidade racial* nazista.

345. V. em castelhano, Filippo Grispigni e Edmund Mezger, *A reforma penal nacional-socialista*. Buenos Aires, Ediar, 2009.

346. Karl Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, cit., p. 41.

Além destas incoerências que não chegavam a esconder a sua raiz positivista nem que no fundo chamava *culpabilidade à periculosidade*, ao mesmo tempo corria o risco de confundir a culpabilidade com a ilegalidade. De fato, para Siegert, o primeiro elemento da culpabilidade era a imputabilidade; o segundo, a relação subjetiva com o fato (dolo e culpa); e o terceiro, a *contrariedade ao dever popular*, o que parece introduzir uma confusão com a ilegalidade³⁴⁷.

Diferente de Siegert, Mezger tratou de evitar a simples mudança de nome. Não quis recorrer ao expediente de chamar *culpabilidade à periculosidade positivista*, certamente porque, em particular, em alemão, a palavra *culpabilidade (Schuld)* significa também *dívida* (como no velho *Pai nosso*) e, por conseguinte, demanda alguma cota de decisão ao ilícito, de certo grau de autodeterminação, que por essência a periculosidade exclui. Assim, tampouco admitia o recurso a que recorria Bockelmann em sua construção do direito penal de autor, que fundava no *dogma causal* e considerava que a *liberdade* era só uma *ficção necessária*. Mezger rechaçava isto por considerar que nem a pena nem a política criminal podem ser fundadas em *ficções*.

Como resolvia o problema? É aqui onde afirma que a pena não deve determinar-se *conforme o fato particular concreto, mas sim segundo a total condução de vida (Lebensführung) do autor*, quer dizer, sobre a existência total do autor. É claro que toma esta ideia da ética aristotélica, embora não diga: não se julga o fato concreto, mas sim a totalidade da vida do autor, partindo da base de que em algum momento o autor *algo conseguiu*.

Para Aristóteles, quem se afastasse do virtuoso justo cairia pelo declive e logo não poderia deter o curso da queda, como quem lança uma pedra e não pode recuperá-la nem a deter. Trata-se, pois, de levar ao extremo a tese da *actio libera in causa* e, desse modo, não reprimir o autor pelo fato concreto, que talvez não tenha podido evitar *no ato*, mas sim *em causa*. Por isso, afirma que *essa pena de autor é uma pena de culpabilidade, exatamente igual à pena pelo fato, já que a culpabilidade, que determina fundamentalmente toda pena, leva em consideração só aquela parte da condução de vida (Lebensführung) em relação à qual o autor algo pode. Por conseguinte, trata-se de uma culpabilidade pela condução da vida (Lebensführungsschuld) e pela decisão da vida (Lebensentscheidungsschuld), e não uma simples culpabilidade por disposição*³⁴⁸.

Esta reformulação do conceito de *culpabilidade* não é uma meta

347. *Ibidem*, p. 48.

348. Edmund Mezger, *Kriminalpolitik*, op. cit., p. 248.

manipulação. Mezger evita com esta reelaboração, apelando a uma *decisão*, recair nos fatores biológicos puros (como Nicolai fazia), com o *risco de renovar o materialismo no direito penal*³⁴⁹. Do ponto de vista do direito penal de garantias, é óbvio que pode objetar-se que Aristóteles fazia ética e não direito penal e, por conseguinte, não seria plausível que se recrimine o autor na culpabilidade atos anteriores atípicos (fumar maconha, beber álcool, não trabalhar, vida *prostibulária*, visitar antros de jogo, etc.), mas, para Mezger, esta objeção não seria válida, levando em consideração o texto do § 2º conforme a reforma de 1935, da qual ele mesmo participou e suprimiu a legalidade.

A velha *má vida* dos positivistas³⁵⁰ dava espaço a medidas de segurança *pré-delituais* ou *estados perigosos sem delito*, mas, para os valores nazistas, a decisão pela *má vida* era contrária às normas éticas da sociedade sistemicamente entendida na forma de *comunidade do povo*, ou seja, que, conforme a já vista unidade de ética e direito, o conceito de *culpabilidade pela condução da vida* de Mezger era totalmente coerente com uma reformulação de valores *ordenadores* conforme os *novos* fundamentos do direito. Se tratava que o direito penal *depurasse* da comunidade do povo aqueles que se afastavam das suas normas, os que se decidiam pela *má vida* já o estavam fazendo, de modo que o *fato* só abria a janela para a recriminação a toda eleição existencial do autor.

Sem dúvida, esta elaboração de Mezger responde perfeitamente às regras metodológicas e à teoria do conhecimento neokantianas, quer dizer, é a mais perfeita construção da culpabilidade conforme os *valores ordenadores* do quadro jurídico nazista. Destaque-se, ainda, que a pretensão de que o juiz *valorize juridicamente* — ou, melhor dizendo, *desvalorize* — e *recrimine* a totalidade da eleição de vida (existência) de uma pessoa implica uma amostra de onipotência totalitária que se aproxima do *juízo final*, o que, embora possa ser coerente dentro do esquema nazista, é uma aberração inadmissível para qualquer exigência mínima de respeito à dignidade e à condição mesma de *pessoa*.

2. DOLO COM CEGUEIRA EM MEZGER

Em relação à chamada *consciência da ilegalidade*, Mezger sustentou a *teoria do dolo*, o que lhe permitia sustentar uma teoria unitária do erro. Esta posição não era exclusiva deste autor, embora, em suas elaborações dos anos

349. *Idem*, também *Vergeltung und Schutz im neuen Deutschen Strafrecht*, Sonderdruck aus Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 31. Jahrgang 1940, Heft 4-5, pp. 105-110.

350. Sobre este conceito, nosso estudo preliminar de Eusebitto Gómez, *A má vida em Buenos Aires*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2011 (Coleção "Os estranhos").

que nos ocupam, assumam um caráter muito particular e intimamente vinculado à reelaboração neokantiana das categorias do delito.

Em verdade, em vários trabalhos³⁵¹ rechaça a criação de uma *culpa jurídica* ou um *crimen culpae* que, conforme a sua teoria unitária do erro, obrigaria a impor uma pena muito baixa a fatos que considera da máxima gravidade, pois, quando *um ser humano adulto incorre em um aborto, em uma ação homossexual, em uma afronta à raça, sem consciência de que isto seja uma injustiça, até querendo aceitar sua alegação, não satisfaz o desvalor do fato uma pequena pena por desconhecimento culposo do direito.*

Cabe observar que os exemplos com que ilustra sua posição, em especial a conduta homossexual e a afronta à raça., correspondem a proibições nazis, cujo desconhecimento considera inadmissível como desculpa, afirmando que se trata de *crimina odiosa*, em cujo caso não é possível requerer um efetivo conhecimento da ilegalidade da conduta e, não obstante, considera que é precisamente nesse *não saber* onde reside sua culpabilidade, consistente em *afastar-se da compreensão que do justo e do injusto devem exigir o Estado e o povo.*

Em tais casos, *em que o autor na verdade não transgredir dolosamente o direito, será, entretanto, condenado como se houver se comportado dolosamente.* Como pode-se observar, introduz aqui um *equivalente da consciência da ilegalidade*, que consiste na *cegueira ao direito* que, segundo sua opinião, *revelaria uma atitude que não está de acordo com a sã intuição do povo sobre o justo e o injusto, de modo que, sob condições normais, não deve desculpar, mas sim pelo contrário, configurar o fundamento da punição.* A *cegueira ao direito*, por conseguinte, não seria outra coisa para Mezger que o desconhecimento devido a que o sujeito não internalizou os valores da *intuição sã do direito* própria do povo alemão.

Em discussão de pós-guerra com Welzel³⁵², Mezger trocou o conceito pelo de *inimizade ao direito*³⁵³, quando o primeiro observou que se tratava de uma ficção e que apelava ao direito natural. Faz tempo apontamos que ambos os conceitos — mais matizado o último, suprimindo a referência ao *povo* e os odiosos exemplos do seu anterior trabalho —, são produto de uma clara culpabilidade de autor e, por conseguinte, provam que *Mezger tinha*

351. Principalmente, Edmund Mezger, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, em *Probleme der Strafrechtsver-
neuerung* (f. est. F. Köhler), Berlin, 1944, p. 180 e ss.

352. Hans Welzel, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, em "Süddeutsche JZ" 1948 p. 367

353. Edmund Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950.

opiniões igualmente autoritárias em 1944 como em 1950³⁵⁴. A isto devemos acrescentar agora a perfeita coerência da construção da *cegueira ao direito* no quadro de uma reconstrução neokantiana da teoria do delito conforme os valores ordenadores do direito nazista.

É possível que, na renovação da sua tese no período pós-guerra, a impudação de jus naturalismo que formulava Welzel fosse correta, porém, nos anos do nazismo, Mezger não invocava nenhum direito natural com a *cegueira ao direito*, mas sim se valia do *são sentimento ou intuição do povo* em referência à ética emanada da comunidade do povo, ou seja, aos valores nazistas incorporados à lei. Conforme eles, sua construção resultava coerente: a *Volksgemeinschaft* não podia tolerar que um dos seus partícipes do direito não *tivesse visto* como antijurídico aquilo que para todos os partícipes do direito — incluindo Mezger — era óbvio, como ter relações sexuais com homem ou mulher judeus ou com pessoa do mesmo sexo, que eram os exemplos a que este recorria.

A *cegueira ao direito*, nos tempos do nazismo, não era nenhuma ficção, mas sim uma exigência real emanada da comunidade do povo. O *sistema social* nazista não podia tolerar que nenhum dos seus *subsistemas* o desequilibrasse, ignorando as principais bases das suas absurdas exigências éticas convertidas em jurídicas.

A recriminação de culpabilidade se fundava em um dolo não só com conhecimento da ilegalidade, mas também com desconhecimento das exigências éticas elementares da comunidade popular. Embora pareça estranho, esta questão se vincula ao conceito do Estado, pois para Mezger *a crise da justiça penal não é de política criminosa, mas se trata de uma crise da ideia do Estado*³⁵⁵. Somente suprimindo a distinção entre *Estado e sociedade* e tornando o primeiro o instrumento do sistema (comunidade do povo), pôde elevar a ignorância das pretendidas exigências éticas da primeira a um elemento do dolo equivalente à consciência da ilegalidade.

Explica isto claramente ao afirmar que tanto a retribuição como a pena educativa eram produto do conceito liberal *vazio* do Estado, no qual a primeira era uma *resignação*, e a segunda, resultado de uma concepção social que não fazia mais que espelhar o *vazio* do primeiro. Este *vazio* seria aquilo que — em sua opinião — encheu o nazismo com o *sistema social*, quer dizer, com a comunidade do povo como fonte de exigências éticas convertidas em

354. Cfr. nosso *Tratado de direito penal. Parte geral*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 85.

355. Edmund Mezger, *Vergeltung und Schutz*, cit.

jurídicas por causa da supressão da distinção iluminista.

É por isso que, fora nos casos de *incorrigíveis*, Mezger admita a pena educativa de Liszt. Entende que *quem nega a sua condição de membro da comunidade ou quem carece da capacidade para afirmá-la, fica excluído da comunidade jurídica e não deve ser condenado, mas sim inocuizado*, mas, salvo esses casos, reivindica a pena educativa para o Estado autoritário, concebida como *uma ação mais integral sobre o sujeito, já não considerado isolado ou em confronto com a sociedade, mas sim como um membro da Volksgemeinschaft*.

Afirma que a pena educativa de Liszt não é compatível com um direito penal autoritário, na medida em que se separe sociedade e Estado, ficando este último como um conceito *vazio*, que se esgote em uma ordem formal, e a primeira fique como objeto das ciências sociais e naturais, por isso encontra a solução em uma *síntese de comunidade de povo e Estado*.

Entendido isto no marco nazista, a reconstrução neokantiana é transparente: a submissão do Estado à ética emanada da comunidade do povo, concebido como uma unidade com esta, exige que aqueles que não merecem ser partícipes da comunidade (*cegos totais ao direito*) sejam *expelidos*, e que aqueles que, sem chegar a evidenciar essa condição (*espécie de míopes ou daltônicos ao direito*), mostrarem falhas na compreensão das suas exigências ético-jurídicas sejam punidos mediante a educação.

Observe-se que a *pena fim* ou *educativa* sempre corre o risco de envolver um componente autoritário, pois aspira a mudar os valores do infrator, mas, no contexto nazista, aquilo que Mezger fazia ao reivindicá-la era precisamente acentuar até o extremo a possibilidade autoritária: sem nenhum reparo nem consideração devia-se suprimir toda valoração dissidente com as exigências éticas do sistema. Longe de ser a *pena fim* do velho Liszt, incompatível com o Estado autoritário — como a consideravam outros —, Mezger a retomava para extremar seus eventuais aspectos autoritários e convertê-la em um instrumento a serviço dos fins do sistema.

3. KOHLRASUCH: OUTRO DOLO CEGO

Eduard Kohlrausch pronunciou-se também pela teoria do dolo, requerendo a consciência de ilegalidade como necessária para seu conceito: *havendo tido o autor erroneamente a certeza de que o fato não contraria nenhuma lei e que não agiu injustamente, este erro não será relevante quando responder a uma atitude que seja incompatível com a sã concepção popular sobre o justo e o injusto*.

Parece coincidir estreitamente com Mezger, mas, com extrema clareza, coloca que essa posição exigia — e se derivava — do cancelamento de toda distinção entre ética e direito: *neste princípio — escrevia — subjaz uma adoção estatal do século XVIII era que a diferença entre ética e direito estava fora de discussão, por isso a teoria do direito natural da época exigia a prioridade da ética. O século XIX, certamente, não rompeu com esta prioridade, mas sim, através de Kant, introduziu uma forte separação de ambos, com o fórum externum e o fórum internum. O resultado foi uma exteriorização da teoria da culpabilidade, a sua psicologização formal e, finalmente, o favorecimento do autor por consciência. O Estado nacional-socialista desconhece fundamentalmente esta diferença.*

Acrescenta imediatamente: *na linguagem dos filósofos, a ética nunca é considerada pelo Estado de forma autônoma, mas heterônoma. Outras considerações poderão deduzir-se ante juízes supraterrrestres, mas, para o Estado, ética é ética do populismo. Por estas razões, aderia expressamente ao conceito de cegueira para o direito ou cegueira jurídica (Rechtsblindheit).*

Aparentemente — embora não fique claro — construiria o dolo cego como uma espécie de dolo *natural* a que se acrescentaria a *culpa jurídica*, e citava Adolf Merkel, afirmando que está *ao alcance da mão a teoria de que o dolo é dolo do fato mais culpa jurídica (Rechtsfahrlässigkeit)*³⁵⁶.

Desse modo, Kohlrausch aderia ao direito penal de vontade, embora não abjurasse, por isso, do conceito de bem jurídico, como propunham os de Kiel, mas sim sustentava que, em um direito penal de vontade, *os tipos de lesão deverão ser trocados por tipos de perigo*³⁵⁷.

Conforme essas premissas, defendia a fórmula de individualização da pena do projeto da comissão Gürtner, observando que, em todos os projetos anteriores ao dessa comissão, aumentavam-se as circunstâncias que deviam se considerar para a quantificação, mas, no fundo, nada era resolvido, à diferença do proposto no projeto Gürtner, no qual considerava que, claramente, tomava-se partido pelo direito penal de vontade e, por conseguinte, enunciava-se a fórmula segundo a qual *a pena deve corresponder com a culpabilidade do autor: Na quantificação da pena deve ser considerada a vontade criminal do autor: no agir culposo, a magnitude da sua ligeireza e da sua indiferença. Também se atendera ao que requisitar a proteção da comunidade do povo, o perigo e o dano de que seja*

³⁵⁶. Eduard Kohlrausch, *op. cit.*, p. 396

³⁵⁷. *Ibidem*. Das kommende Deutsche Strafrecht, *cit.*, p. 388.

culpado o autor, como seu comportamento depois do fato³⁵⁸.

4. A ILEGALIDADE EM SAUER

Wilhelm Sauer (1879-1962), aparentemente, teve algumas dificuldades com os nazistas, embora a sua filiação ideológica não deixasse dúvidas. É interessante a forma como reestruturou o conceito de ilegalidade, porque, no amplo debate sobre sua natureza *formal* (sustentada por Binding, Belling, Hippel, Frank, Nagler e outros) ou *material* (de Liszt, Alexander Graf zu Dohna e Max Ernst Mayer), afirmou que ambas as visões eram parciais.

Seu conceito da ilegalidade derivava da sua ideia de *tripartição do direito*, conforme a qual o direito *vivente* era tridimensional: abrangia a *vida* (realidade, acontecimento, movimento), a *forma* (forma, conceito, lei) e o *valor* (direção, ideia reguladora, sentido, objeto), sendo unilateral e insuficiente qualquer uma destas manifestações isoladas. Em consonância com essa tripartição, concluía que uma ação é antijurídica quando é *danosa para o povo* (periculosidade social), *contrária à norma* (ilegal) e *contrária à cultura* (censurável ético socialmente, chocante para o sã sentimento do povo).

Sustentava, em seguida, que a ilegalidade requer as três condições, embora a primeira e a terceira (nocividade ao povo e contrariedade à cultura) podiam coincidir em tão alto grau que habilitassem a regra da analogia (§2 do código penal conforme a reforma de 1935)³⁵⁹.

Nesta reconstrução neokantiana conforme *valores nazistas*, é interessante a forma como Sauer concebia a relação da criminalização com a ilegalidade. A palavra alemã que se traduz como *tipo* (*Tatbestand*), em tradução literal, é *suposto de fato*. Em castelhano, e conforme a tradução consagrada, não é possível falar de um *tipo factual*, mas, em alemão, é bem possível referir-se a um *suposto de fato factual*, como anos antes Max Ernst Mayer tinha feito em seu *Tratado*. Seguindo esta distinção, diz que os *supostos de fato* são duplos: da *vida* e da *lei*. Para explicar melhor a sua tese, tomaremos a liberdade de chamar os primeiros de *fatos reais* e os segundos de *figuras legais*.

Segundo esta distinção afirma que as *figuras legais* saem dos *fatos reais*, porque o legislador deve tomar os últimos da vida (por sua nocividade social) e dar-lhes forma legal segundo os ditados da justiça, quer dizer que os tipos

358. *Ibidem*, p. 397.

359. Wilhelm Sauer, *Lebendes Recht und lebende Wissenschaft*, Tübingen, 1936, p. 29.

se dão primeiro na *vida* (como fatos reais danosos ao povo) e logo passam à lei (*figuras legais*) e a atividade do legislador para completar a ilegalidade do comportamento proibido deve ser de acordo com o fim orientador da justiça, que é o *são sentimento do povo*. Dizendo de uma maneira simplista, conforme este raciocínio, apenas quando o legislador observa que alguém mata a outro pensa no tipo de homicídio.

Sauer afirmava que, desse modo, propunha uma concepção *orgânico-sociológica* que, segundo ele, relacionava-se com o velho direito germânico, que deveria renovar-se para superar o direito romano recebido. *Ao partir da criminalidade como uma aparição da vida, o direito penal formal ganha para si uma parte vital, amplamente compreensível pelo povo, em especial, quando investiga fundamentalmente seu significado para a vida e da essência e do grau da criminalidade deriva a necessária reação da pena. Desse modo, resultará o conceito geral do delito, não determinado formalmente como injusto culpado, mas também materialmente, como ético-socialmente reprovável e danoso para o povo.*

Seguindo o seu raciocínio, afirmava que o direito penal assim concebido é o *direito penal da vida* que, como consequência de que a origem do tipo está no fato que o legislador recolhe em sua figura, resultará quando a nocividade e a contrariedade à cultura forem muito marcadas e o legislador não tiver recolhido este fato em sua figura, conforme o § 2 deverá fazê-lo o juiz, o que demandará uma guia que, indevidamente, leva ao *Führerprinzip*, para o qual não se deve entender que o *Führer* é só o máximo legislador formal, mas a imagem muda totalmente quando ela é olhada do lado da vida, que é de onde *emerge a vontade orgânica do Führer como a vontade vital da comunidade*³⁶⁰. Apesar da irracionalidade comum a toda a doutrina nazista é inegável o esforço de reconstrução conceptual tentado conforme os *novos valores*.

No mesmo texto — como bom neokantiano —, empreende-a contra a *escola de Kiel*³⁶¹, afirmando que quando Dahm³⁶² nega a distinção entre realidade e valor, impõe ao juiz ou à ciência a tarefa impossível de recolher diretamente todos os valores da comunidade, até os mais sólidos e sonoros. Termina dizendo que Dahm quer substituir todas as frases abstratas por ideias concretas tiradas da comunidade, mas se pergunta: *não são por acaso as novas frases de Dahm de novo "frases abstratas"? Todas as que nos apresenta*

360. *Ibidem*, p. 37.

361. Mezger encarregou-se desta tarefa em *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW, 57, 1938.

362. Refere-se a *Verbrechen und Tatbestand*, de Georg Dahm (*op. cit.*), do qual nos ocupamos infra. VII. B.

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*, de 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*).