do povo, pois, neste caso, tornaria o juiz um legislador, quando, na realidade, mantinha a supremacia do legislador e a vontade do juiz submetida a este, dando mais um passo para a introdução de conceitos materiais sobre o mero sentido literal das palavras da lei que vinha sendo produzido: *a teoria da ilegalidade material, o reconhecimento de causas supralegais de exclusão de pena, a fundamentação de uma culpabilidade normativa, são todos dados que o provam*[383].

Zimmerl rechaçava, assim como Schwinge, a possibilidade de que o juiz resolvesse arbitrariamente: sustentava que o § 2 mantinha o juiz vinculado à *ideia fundamental de uma lei penal*, pois faltando este vínculo, o juiz não poderia fazer livre aplicação do *são sentimento do povo*. Acrescentava que a função legislativa própria dos parlamentos *conserva valor com diferente inspiração no Estado nacional-socialista. Também aqui o legislador mantém prioridade sobre o juiz, cujo fundamento se encontra na ideia do Führer. O legislador tem em relação ao juiz a posição de um Führer superior*[384].

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

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

384. *Ibidem*, p. 174.

Capítulo VI

KIEL: PROTAGONISTAS E IDEIA CENTRAL

A. OS PENALISTAS DE KIEL

1. O QUE FOI A ESCOLA DE KIEL?

Houve um conhecido acampamento onde se reuniam os jovens juristas identificados com o nacional-socialismo, costume que logo seguiram com o propósito de fomentar a camaradagem e suprimir o trato formal tradicional na vida universitária alemã, difundindo o tratamento por "você ou tu", nada comum entre acadêmicos da época. Como parte desta preparação do *Think-Tank* jurídico do nacional-socialismo, é mencionado o acampamento de 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-socialista[385].

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 universidades[386], este juízo é algo duvidoso.

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

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

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

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 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 difundi-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 Eckhardt[388], 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 Rühters, *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 reitor[389].

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 póstumo de Schaffstein em lembrança a Dahm, que, por muitas razões, é extremamente interessante, em especial para recriar a época e aproximar-se das vivências dos autores[390].

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 participação[391]. 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 Média[392], 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 Fakultat* -, 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 Juristiche Zeitgeschichte Hagen, ed. por Thomas Vormbaum, Berliner Wissenschafts. Na apresentação, Hans Hattenhauet 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*, Berlim u. Lepzig. 1931.

tenha recebido alguma indicação de Hermann Kantorowicz (1877-1940), que tinha escrito um livro sobre Gandinus[393] 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 comparado[394]. Habilitou-se também com von Hippel em 1930 com um trabalho sobre a teoria do delito no direito comum alemão[395]. 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. 1. 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 Germeinen 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 alemão[396]. 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 acusação 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

grupo (Eberhard Schmidt, *op. cit.*, p. 419).

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 acadêmicas. 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 universidade[397]. Como vimos, os motivos foram o ocaso 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 acadêmicos[398]. 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 atribuíssem 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 (cfr. Bernd Rürhers, *op. cit.*, p. 42).

398. Cfr. Luca Nogler, *Corporatist Doctrine and the "New European Order"*, em Christian Joerges e Navraj 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 Rudoff 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 rechtsiwissenschaftlichen 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 antissemitismo*, 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 falamos[400], 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 antissemita, embora não fizesse especial amostra dessas ideias[401].

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 recriminou em uma extensa carta de 4 de fevereiro de 1948[402], 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 inexatidões 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 filas, 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 Alemanha[403] e do qual se fez uma segunda edição no período pós-guerra, sem maiores modificações, salvo a supressão das citações nazistas[404].

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 direito[405], 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 tanto[406].

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 internacional[407].

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 ano[408].

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 dê geltenden Rechts. Eine Einlührung,* Estugarda, Kohlhammer, 1963. p. 510).
407. Georg Dahm, *Völkerrecht*, 3 tomos, Stuttgart, W. do 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 Staatswissenschafliche Fakultät der Universität Kiel).

permaneceu até receber título de emérito em 1969. Neste último período, dedicou-se a estudos históricos sobre Wilhelm von Humboldt[409] e ao direito penal europeu da época do humanismo[410], 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 edições[411]. 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 Roxin[413]. Faleceu em Göttingen em 8 de novembro de 2001[414].

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 respeito[415].

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 lugar[416]. 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-individuo*, 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 aspiração[417].

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, ondee 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 Strafrecbt, cit.,* p. 211.

Não sabemos até que ponto influenciou nesta pretensão de tipo ou imagem total do delito a concepção de Beling de 1930, mesmo que este último tenha almejado outro objetivo, que a nosso entender era juntar ou recompor aquilo que o neokantismo havia estragado de forma incoerente, dado seu afã por não renunciar ao esquema *objetivo- subjetivo*.

Capítulo VIII

KIEL E A CULPABILIDADE

A. O TIPO DE AUTOR RESOLVE TUDO

1. A OMISSÃO DA OMISSÃO

Schaffstein penetrou talvez com maior profundidade que Dahm nos rincões da teoria do delito. Assim como seu colega, sustentava uma concepção geral basicamente omissiva de todos os delitos, pois, se a essência de todo delito era a violação a um dever, isto significa que era substancialmente a omissão de cumprir com o dever que emanava da comunidade. Como vimos, os de Kiel chegaram a sugerir que os delitos poderiam ser classificados novamente segundo os deveres violados, e não os bens jurídicos ofendidos.

Esta generalização da omissão — motivada pela obsessão de acabar com a exigência de ofensividade na construção conceptual do delito — levou-os a criticar a teoria do delito omissivo, do modo como estava exposta em seu tempo. Não obstante, não podiam negar que havia tipos ativos e omissivos na lei e além disso, uma construção doutrinária acerca do delito impróprio de omissão, quer dizer, um *falsete* construído analogicamente, que permitia a elaboração de um tipo omissivo não escrito a partir de cada tipo ativo escrito.

Um trabalho publicado por Schaffstein em 1936 — na homenagem a Gleispach[464] — está dedicado a criticar a teoria dos delitos impróprios de omissão, assim como era proposta pela dogmática penal do seu tempo. Não tem inconveniente algum em assinalar que a equiparação entre tipos ativos e omissivos é imposta pela comum condição de *lesão ao dever* (*Pflichtverletzung*) e de *contrariedade ao dever* (*Pflichtwidrigkeit*), como exigência comum para todos os delitos — ativos e omissivos — por igual.

Certamente, a construção do tipo do impróprio delito de omissão a partir do tipo ativo e por via da analogia não lhe causava nenhum problema, dada a supressão do *nullum crimen sine lege*, conforme a redação de 1935 do

464. Friedrich Schaffstein, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, em *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenchaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlim e Lípsia, 1936, p. 70 e ss.

§ 2 do código penal,

2. O TIPO DE AUTOR COMO DOGMA

Schaffstein insistia em que o dever (*Pflicht*) de cuja contrariedade trata-se emergia do sistema imaginário chamado de *comunidade popular*, dependendo da posição que ocupasse o autor dentro desta. Em termos mais atuais, poder-se-ia dizer que, segundo esta tese, a toda pessoa incumbe uma *posição de garantia* que resulta da sua condição na comunidade (professor, militar, funcionário, vizinho, marido, etc.), quer dizer que cada um tem o dever de garantir o cumprimento de certas normas éticas da comunidade, diferentes segundo a posição particular que ocupe em seu seio.

A chamada agora *posição de garantia* que surge de que todo tipo de delito omissivo *escrito* é um tipo *próprio* (de autor qualificado) e que é estendido pela doutrina até hoje dominante, ao construir analogicamente os tipos de impróprios delitos de omissão não escritos, na concepção de Kiel, deixava de ser uma particularidade dos tipos (escritos e não escritos) de impróprios delitos de omissão e passava a ser um pressuposto comum a todos os delitos (ativos e omissivos).

Schaffstein precisava, mais uma vez, que a contrariedade ao dever de qualquer delito era a contrariedade a um dever emanado da comunidade popular em forma sistêmica e que, por conseguinte, não era concebido como um dever *jurídico separado da ética*, mas sim, conforme o rechaço da distinção iluminista entre ética e direito (segundo a sua sabida regressão pré-moderna), tratava-se sempre de um *dever ético* que, ao mesmo tempo, era *jurídico*. Não deixava de explicar — de forma prolixa, certamente — que não se tratava de uma ética cristã nem iluminista, mas da que surgia do próprio sistema (comunidade do povo) e se tornava consciente no são *sentimento do povo alemão*.

É claro que não escapava a sua atenção o mesmo problema que continua sendo postulado até o presente quando se constroem tipos não escritos de impróprios delitos de omissão a partir dos tipos ativos escritos, ou seja que, ao reverter a proibição em mandato (quando o *não mates* se converte em *não leses a vida*), mesmo que a operação lógica seja perfeita e um mandato se possa expressar como proibição e vice-versa, a verdade é que, por limitações da linguagem, o campo do proibido resulta sempre mais limitado na formulação proibitiva. Embora não o diga, diante desta amplitude do injusto reformulado como mandato, vê-se necessitado de encontrar alguma forma de

limitação ou redução a essa extensão inadmissível do campo do ilegal causada pela pura leitura da proibição como mandato.

Assim como perante quase todos os desafios da teoria do delito, a solução dos advogados criminalistas de Kiel remete ou se refere ao *tipo de autor*. No mencionado trabalho, Schaffstein se dedica a vincular o *tipo de autor (Tätertyp)* com a omissão, para atribuir ao primeiro a função de corretivo redutor do campo do ilícito, descartando do injusto os casos em que não mediasse coincidência entre o tipo de fato e o de autor.

Em alguma medida, dá a impressão de que a manipulação que faz com a sua remissão limitadora ao tipo de autor é quase idêntica à proposta do atual *equivalente do conteúdo injusto*, posto que, de forma expressa, assinala a necessidade de um critério que permita verificar a equivalência: *é apenas necessário destacar, de forma especial, que a contrariedade ao dever na omissão no sentido amplo em que a entendemos não sempre é suficiente para equiparar o não impedimento do resultado com sua produção ativa*[465].

Em síntese: sustenta que é ilegal a contrariedade ao dever emergente do sistema da comunidade popular apenas quando deve entender-se que a omissão imprópria equivale à produção ativa do resultado, nos supostos em que, conforme o *são sentimento do povo,* o infrator é considerado um *assassino,* um *ladrão,* um *abusador*, entre outros. Se não for considerado como tal, o juiz — depois de *auscultar o são sentimento do povo* — deveria concluir que o comportamento não seria violador do dever emanado da comunidade popular e, por conseguinte, não seria ilegal.

A crítica de Kiel à consideração das causas de justificativa como exceções à proibição (conforme o critério da *regra-exceção*) e ao valor indicador do tipo em relação à ilegalidade de Max Ernst Mayer, Schaffstein parece esquecê-la, porque outorga um peso tão forte ao tipo de autor como redutor da amplitude da injustiça resultante da pura reversão lógica da proibição em mandato, que afirma que, nos tipos de impróprios delitos de omissão, a mera realização do tipo reveste valor *indicador*.

Acreditamos que para valorar a importância do que acabamos de sintetizar, é mister parar para pensar um momento nas consequências reais desta construção no plano da realidade social do seu tempo: o nazismo tinha descoberto o enorme poder da comunicação em massa (especialmente da

465. *Ibidem*, p. 102.

radiotelefonia), controlava toda comunicação, criminalizava a escuta de emissoras estrangeiras, o *Führer* reivindicava penas drásticas para delitos em concreto cujos autores considerava não condenados com o suficiente rigor punitivo, o povo não tinha forma de escutar outras vozes nem havia outros debates, a linha do partido era traçada por seu diário oficial (o *Völkischer Beobachter* ou *Observador Popular*). A qual fonte pode pensar-se que recorreria o juiz *prudente* (que não quisesse ser destituído) para *auscultar* o *são sentimento do povo*?

Lida desde esta perspectiva, a construção de Kiel não parece ser mais que uma racionalização de baixo nível, embora em termos dogmáticos não possa negar-se que tivesse alcance e criatividade construtiva.

B. A NEGAÇÃO DA EXIGIBILIDADE

1. AS DUAS ETAPAS CRÍTICAS: 1933 E 1938

No trabalho a respeito dos impróprios delitos de omissão, Schaffstein não deixa de enfatizar a sabida afirmação de que *a essência do autor é determinada não só pela causação de uma lesão ao bem jurídico, mas também, conjuntamente, pela natureza do respectivo delito, principalmente mediante a forma de comissão, a concreta posição de dever do autor, a disposição interna (Gesinnung) que resulta do seu comportamento e o motivo do fato*[466].

A referência última *ao motivo do fato* é normalmente considerada na culpabilidade, conforme a estratificação teórica tradicional do delito. A menção que faz Schaffstein deste critério no campo da delimitação da ilegalidade não é mais que uma insistência na negação do critério analítico de construção do delito, ou seja, neste caso, à negação de toda distinção entre ilegalidade e culpabilidade.

Aparentemente, Dahm se enfureceu com a distinção de tipicidade e ilegalidade, enquanto Schaffstein se ocupou mais da destruição da diferença entre ilegalidade e culpabilidade, embora, no fundo, o curso do seu pensamento leve a um desmanche do conceito mesmo de culpabilidade.

Cabe observar que a questão das relações do tipo com a ilegalidade sempre foi doutrinariamente complexa e que, finalmente, a tese dos elementos negativos do tipo também a nega, sem responder necessariamente

466. *Ibidem*, p. 105.

a um direito penal autoritário, por muito que se possa objetar por razões sistemáticas. Contudo, não acontece o mesmo com a distinção entre injusto e culpabilidade, que é realmente o muro que separa a lesão da sua recriminação personalizada em qualquer teoria do delito que respeite a dignidade de pessoa, e menos ainda, se isto se transformar, como parece acontecer neste e em outros casos, em uma supressão final do conceito mesmo de culpabilidade.

Isto obedece, em grande medida, a que até o nível do injusto (quer dizer, aquilo que tradicionalmente é considerado como ação típica e ilegal) a doutrina penal pode manipular elementos conceituais da generalidade do direito, mas a culpabilidade é sempre um conceito exclusivamente penal, essencialmente próprio do direito penal, e o possível auxílio procedente, por exemplo, do direito civil ou do administrativo é muito fraco ou inexistente. Em matéria de culpabilidade, praticamente as únicas referências úteis desde outro ramo jurídico são, obviamente, as que procedem do direito constitucional, mas quase só isso.

Em consequência, a tarefa de Schaffstein era aquela verdadeiramente decisiva para a demolição da construção analítica ou estratificada da teoria do delito. Houve dois momentos em que este autor tentou dissipar a questão da culpabilidade: o primeiro corresponde a um trabalho publicado em 1933, no qual criticava o conceito de *exigibilidade*[467]; o segundo, mais medular e básico na proposta de Kiel, é o que publicou na resposta a Marburgo junto com o já exposto trabalho de Dahm[468].

2. A PRETENDIDA INUTILIDADE DA EXIBILIDADE

No escrito de 1933, afirmava que não era a sua intenção proporcionar um novo conceito de culpabilidade, mas se limitava a criticar a exigibilidade, quer dizer, a desmanchar sua base normativa, por isso, adverte que não deixa de considerar que a culpabilidade normativa em geral é uma espécie de equivalente ou paralelo, no plano subjetivo do delito, à ilegalidade material no plano objetivo. Cabe pensar que, para os autores de Kiel, estes não seriam mais que *costuras* na teoria estratificada.

Quanto à exigibilidade em si, partia das duas diferentes formas de

467. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*, Lípsia, Deichert, 1933.

468. *Idem, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, em Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlim, W. De Gruyter, 1938.

quantificá-la que haviam sido propostas, ou seja, estabelecer a magnitude da contradição da subjetividade do autor com a essência da norma mediante a valoração ética da motivação conforme a potencialidade psicofísica do autor individual; ou de fazê-lo conforme a média das possibilidades psicofísicas dos cidadãos do Estado em geral[469].

Observava nosso autor que a jurisprudência de *Reichsgericht* quase não registrava casos de inexigibilidade supralegal em delitos dolosos, enquanto, nos culposos, existiam algumas absolvições, mas, de forma explícita, só se mencionou a exigibilidade no célebre caso do motorista (*Leinenfänger Fall*) que, em Munique, e sob ameaça de ser demitido, viu-se obrigado a acatar a ordem do patrão e acoplou uma égua ao seu carro de distribuição de cerveja, apesar de ter notado que o animal tendia a desprender-se, pelo defeito de passar a cauda sobre as rédeas e atingi-las, o que realmente aconteceu; o animal se desprendeu e levou à morte de uma pessoa. Certamente, o outro caso que se costuma citar é o da *cegonha* (*Klapperstorch Fall*) tratado por Freudenthal, mas que não é mencionado neste lugar [470].

Este trabalho de Schaffstein de 1933 refere-se, em particular, às chamadas *causas supralegais de desculpa,* pelo qual o autor manifesta que a crítica à exigibilidade pode ser abordada de três planos diferentes: 1) crítica à teoria normativa da culpabilidade; 2) crítica à exigibilidade mesma; 3) crítica à admissão de causas supralegais de desculpa em função de inexigibilidade.

Afirma que o conceito de uma relação valorativa entre um ser psíquico e um juízo de valor é uma questão construtiva, mas que carece de valor prático quando se pretende estabelecer limites e conteúdo à culpabilidade. No que respeita à questão da *supralegalidade*, afirma que responde a uma luta metodológica entre o positivismo lógico-formal e o normativismo teleológico, em que se enfrentam, de um lado, quem sustenta que é possível preencher as lacunas do direito positivo, com os positivistas jurídicos radicais; de outro, quem nega a existência dessas lacunas.

Sustenta Schaffstein, que, embora o método teleológico seja necessário para admitir as causas supralegais, não é suficiente, dado que pode haver aqueles que compartilhem esse método, mas não as admitam. Tampouco acredita ser coerente que não se admitam as causas supralegais de justificativa

469. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit, op. cit.*, p. 9.

470. Trata-se do caso da parteira da aldeia mineira, obrigada a denunciar os nascimentos ocorridos aos domingos como acontecidos em segundas-feiras, porque, desse modo, os mineiros tinham um feriado.

por rechaçar a ilegalidade material, e que, em seguida, admitam-se as de desculpa no nível da culpabilidade.

Atribui a Freudenthal e a outros autores partir de Georg Jellinek acerca do direito concebido como um *mínimo ético,* para reconhecer que a lei persegue fins práticos que consistem na proteção de interesses, mas, quando nessa proteção o formal leva a condenar algo que não interessa ao mínimo ético do direito, faz-se intervir a culpabilidade como juízo ético. Ao proceder desta maneira conforme o critério individual (a potencialidade psicofísica do indivíduo concreto), afirma que estes autores introduzem a moral no direito e confundem os dois planos, o que parece ser uma objeção somente à coerência interna do sistema que se critica, considerando que procede de um teórico de Kiel.

Critica a tese que pretende ver na exigibilidade uma condição da prevenção geral, levando em consideração os argumentos que contra a exigibilidade se formularam das teses preventivas generais. Quanto às posições da prevenção especial, destaca que a culpabilidade de caráter, que busca um efeito psicológico preventivo sobre o condenado, também fundamenta na inexigibilidade os supostos em que a personalidade do condenado não responde às características que revelam a necessidade desta intervenção preventiva especial. No entanto, como observa que, em geral, os partidários da prevenção especial tampouco negam o efeito preventivo geral, embora, no caso, não o demande a personalidade do infrator, a pena não deixaria de legitimar-se inclusive desde esta perspectiva por via da prevenção geral.

Acredita, desse modo, ter provado que a ideia de *exigibilidade* não é capaz de proporcionar um critério limitador da culpabilidade nem nos delitos dolosos nem nos culposos.

Esclarece que sua crítica à exigibilidade *não se dirige ao conceito normativo de culpabilidade nem ao fundamento da possibilidade de escusados supralegais. Discutir-se-á apenas que precisamente a não exigibilidade de seguir a norma em razão de anormais motivações seja uma causa supralegal de desculpa além dos casos reconhecidos na lei.*

3. TAMPOUCO SERVE COMO FUNDAMENTO PARA A SUPRALEGALIDADE

Cabe insistir em que a questão das *causas supralegais de desculpa* era um problema alemão próprio do código de 1871 (StGB 1871), que carecia de

disposições sobre o estado de necessidade. Contra a admissão da exigibilidade como fundamento dessas *causas supralegais de desculpa,* entende que se sustentam três considerações possíveis, que rechaça sucessivamente. Quanto à primeira, que partiria da ideia do direito como mínimo ético individual, e afirma que, nos casos em que não mediasse uma recriminação ética, deveria também prescindir de uma recriminação de culpabilidade jurídica, rechaçando essa dedução e alegando que conduz a uma tabela individualizada de exigibilidade que não dirige bem a relação entre moral e direito.

Quanto ao outro critério avaliador, conforme o qual a norma de dever perde vigência quando à média dos cidadãos do Estado, nas mesmas circunstâncias particulares, tampouco tivesse sido exigível motivar-se na norma, objeta que este argumento, que, segundo sua opinião, conduziria a um critério de exigibilidade generalizado, vincula-se a uma concepção psicológica do direito e afirma que é precisamente nisto onde está sua falha, porque a validade da norma jurídica não está condicionada pela sua *facticidade*, mas sim é de natureza normativa e só depende da compatibilidade da norma individual com o espírito do sistema jurídico do qual faz parte. Aqui parece saltar a barreira até exigir a realização do impossível, não só ao sujeito concreto, mas inclusive à generalidade dos habitantes.

De imediato, observa que, basicamente, vinculou-se a exigibilidade com a culpabilidade de caráter, derivando desta a exigência da adequação da personalidade ao fato. Sem dúvida, aqui refere-se à *personalidade do autor* entendida no sentido da prevenção especial, ou seja, psicologicamente, e não no posterior desenvolvimento do tipo normativo de autor, que nada tem a ver e levaria a resultados diametralmente opostos. Esta falha existiria quando a média dos cidadãos do Estado não se conduz como o autor, do que se deduz a necessidade de corrigir o autor ou de assegurá-lo.

Afirma que, contra esta consideração preventiva especial, elevam-se, principalmente, considerações metodológicas, pois, como a lei não se pronunciou unilateralmente pelo princípio de prevenção especial, restam funções de prevenção geral que seguem sustentando a necessidade da pena até nestes casos, embora não se apresente a culpabilidade de caráter no autor. *O efeito preventivo geral do direito penal se enfraqueceria em considerável medida com o reconhecimento de um efeito de escusa geral da inexigibilidade. As normas penais veriam prejudicada sua junção determinante porque aos que a norma se dirige se inclinariam muito por reclamar a sua*

inexigibilidade. Existiria o perigo de que o mesmo juiz subestimasse a exigência de cumprimento da norma. Não se priva de acrescentar: *este perigo é maior, assim como prova o desenvolvimento da praxe da quantificação penal, em nosso tempo de crise cultural e quebra de valores, com a tendência individualista das últimas décadas a influenciar na valoração do juiz.* É óbvio que, neste último parágrafo, vem à tona o espírito autoritário exposto pouco antes no escrito de luta com Dahm, que propugnava uma *forte intimidação* como contenção ao delito, transbordado segundo estes autores — e os nazistas em geral — pelo *caos* da república de Weimar.

4. A LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICO-POLÍTICA

Quanto às objeções ideológicas ou de fundamento filosófico, afirma que *as concepções do mundo vinculadas ao princípio da exigibilidade são o naturalismo e o individualismo. Na argumentação pela teoria da exigibilidade, atingimos duas vezes o naturalismo: uma, na tentativa de solução sociopsicológica do problema da validade do direito; a outra, na derivação do efeito excludente da culpabilidade da inexigibilidade a partir da concepção da culpabilidade como culpabilidade de caráter, o que reconduz a concepção causal e, por conseguinte, naturalista, do delito. Individualista é tanto o fundamento como a tabela de valor da orientação etizante da teoria da exigibilidade, adequado ao por si individualista juízo de valor jurídico da ética individual. Porém, também é individualista a acentuação da prevenção especial que corresponde à vinculação da ideia de exigibilidade e a culpabilidade de caráter, e que ignora a necessidade de submeter ao indivíduo por razões de prevenção geral.*

Toma decidida posição ideológica contra isto: *à influência do naturalismo corresponde opor a autonomia das ciências do espírito e a reafirmação da natureza normativa do direito e dos seus conceitos. Contra o individualismo corresponde opor o próprio valor do Estado como o máximo e inevitável alvo da ordem jurídica e acentuar os interesses da comunidade*[471].

É claro que, neste escrito, ainda não tinha incorporado com decisão a cosmovisão nazista e seguia acentuando a função autoritária do Estado, conforme a posição reacionária mais próxima do fascismo italiano do escrito de luta de 1932. Isto se observa claramente em suas conclusões, em que faz a solução depender de uma decisão política, afirmando que a discussão estaria terminada se se decidisse politicamente outorgar prioridade à

471. Friedrich Schaffstein, *Die Nichtzumutbarkeit, op. cit.,* pp. 80-81.

segurança jurídica, advertindo — desde sua perspectiva autoritária do Estado — que, quando se refere à segurança jurídica, não entende que se trata de dar prioridade apenas do ponto de vista dos interesses do indivíduo, como no liberalismo. Assim, afirma que a segurança *jurídica deve dar-se, principalmente, nem tanto em interesse do delinquente como no do Estado, e tampouco por igual em qualquer lado, mas sim, especialmente, onde existe o perigo de que, nas diretivas que impõe a lei, os interesses do Estado não se levem em consideração suficientemente em razão de uma livre valoração.*

Acrescenta a sabida consideração comum a todo autoritarismo conservador e de rigor em nossa região depois de cada golpe de estado: *este perigo, em nenhum lugar, é tão grande como no campo das excludentes de culpabilidade, onde os interesses do indivíduo e do Estado se ponderam diretamente. E este perigo nunca foi tão enorme como no presente, em que se notam os sinais da crise cultural e do desprezo de todos os valores.*

É altamente significativa a seguinte expressão política do seu pensamento autoritário, regressivo e pré-moderno: *não só a política criminal, mas também a dogmática penal deve enfrentar as tendências dissolventes: quanto mais fortemente tenha se apropriado o individualismo da consciência jurídica do povo, mais funesto seria tratar de enfrentá-lo com uma relativização do conceito de culpabilidade*[472].

C. A DEMOLIÇÃO DA CULPABILIDADE

1. O ESBOÇO DE UMA TEORIA UNITÁRIA DO DELITO

Depois de transcorridos cinco anos do anterior trabalho (1938) — escrito em resposta a Marburgo — encontram-se por completo incorporados os conceitos nazistas e, por conseguinte, deixa-se de lado o simples autoritarismo estatal mais ou menos fascista.

É justamente neste segundo escrito onde se aprofunda, com maior acuidade, a tentativa de eliminar os limites entre injusto e culpabilidade, e em que praticamente pretende enfraquecer a teoria analítica do delito mediante a supressão do conceito mesmo de culpabilidade. Para isso, remete à nebulosa construção unitária que esboça, apoiada nos *pseudoconceitos* políticos do regime e no *pensamento concreto*.

Aqui Schaffstein penetra muito mais na dinâmica da teoria do delito,

472. *Ibidem*, p. 82.

onde diz que, como panorama geral, observa-se um paulatino deslocamento do pensamento categorial ao teleológico (aparentemente será de Binding a von Liszt, embora não o expresse). Encarrega-se das dificuldades da sistemática neokantiana dominante, destacados por von Weber e de H. Mayer nos trabalhos de anos então recentes. As suas críticas se centram em dois aspectos: a distinção entre injusto e culpabilidade e a clara necessidade de inserir o dolo no injusto (na *ilegalidade*, diz), aspectos em que, aliás, a dogmática neokantiana apresentava fraquezas notórias, como era a pretensão de sustentar o critério básico *objetivo-subjetivo* proveniente do mencionado esquema de Liszt e Beling e reconstruído com a teoria do conhecimento ocidental do sul, e a de sustentar o dolo na culpabilidade e os elementos subjetivos distintos do dolo (inclusive as *ultra-finalidades*) no tipo.

Quanto à separação do injusto e a culpabilidade, afirma que só poderia chegar a admitir-se no máximo uma diferença técnica, quase com efeitos pedagógicos, mas sequer assim a aconselha, porque acredita que não existe nenhuma verdadeira diferença de conteúdo: em suma, o que pretende mostrar é que a *culpabilidade de fato normativa* não existe ou não tem sentido, por isso, quer esgotar toda a teoria do delito no injusto, incorporando neste todos os conteúdos da culpabilidade normativa que eram *objeto da recriminação* e suprimento o próprio juízo de recriminação.

Argumenta que há delitos (tipos) que contêm claros elementos de culpabilidade, como as motivações, o que, certamente, não é um argumento válido, pois nada impede que o legislador determine penas mais graves para casos de maior culpabilidade, sem que esta seja uma questão *típica*, exceto se Schaffstein acreditou que tudo aquilo que está em um artigo do código sempre é um *tipo*.

A teoria do delito que esboça Schaffstein neste trabalho só na aparência é uma análise não estratificada, dado que não distingue culpabilidade de injusto (*Schuld,* de *Unrecht*), mas não resulta o mesmo conforme o esquema geral que propõe, visto que (a) por um lado, estabelece os *tipos de imposição penal* (*Strafdrohungstatbestände*); e (b) por outro, contrapõe-lhes os tipos (*Tatbestände*) de *causas de exclusão de pena* (*Strafausschließungsgründe*), nos quais inclui tanto as causas de justificação (*Rechtsfertigungsgründe*) quanto as de desculpa (*Schuldausschließungsgründe*).

Para impor a medida de segurança de internação, Schaffstein requeria a existência de um delito, por isso, aparentemente, exclui a incapacidade

de imputação ou inimputabilidade (*Unzurechnungsfähigkeit*) da teoria do delito e, embora não fosse remetê-la à punibilidade (como o tinha proposto Lilienthal criticando o critério do seu professor von Liszt, quem, na realidade, incorria em uma inconsequência dentro do seu esquema), coloca-a de uma maneira especial e, ao que parece, paralela. Entretanto, deixa fora da teoria do delito as causas pessoais de exclusão de pena, como também outras questões (como a territorialidade, p. ex.).

Schaffstein verifica algo evidente: há delitos que requerem tanto um fato quanto uma disposição interna, mas também sustenta algo que parece discutível até o presente, que é a suposta necessidade dos elementos subjetivos da justificação. Não obstante, o que ao seu entender é determinante é que tanto aquilo que a doutrina dominante considera causas de justificativa como aquilo que trata como causas de desculpa, em suma, têm sempre o mesmo efeito de limitação dos *tipos de imposição penal* (*Strafandrohungstatbestände*).

2. A LOCALIZAÇÃO DO DOLO

Quanto às contradições sem solução que gerava a localização do dolo fora do injusto, citava os trabalhos de Alexander Graf zu Dohna, de Hellmuth von Weber, de Helmut Mayer e de Erik Wolf. Do mesmo modo que Dahm, observava que um processo causal, como a queda de um raio ou qualquer outro análogo, não pode ser ilegal, tendo toda a razão, sem que esta afirmação seja nenhuma novidade, pois é bem-sabido que, segundo a milenária opinião unânime de toda a ética tradicional (Aristóteles, Santo Tomás, Kant, Hegel, etc.), o único que pode ser eticamente desvalorizado é uma ação humana.

Nessa linha correta, afirma que *o juízo de ilegalidade se refere unicamente a ações humanas e não a acontecimentos naturais. Porém, o conceito de ação é hoje cada vez mais "do começo de natureza final", conforme opinião crescente, porque assinala um sentido abrangente dos particulares elementos do acontecimento, dados em razão da vontade do autor. A ação abrange em si conceitualmente o dolo*[473]*. Assim, ilegal é somente essa parte do infinito processo causal do evento que resulta abrangida pelo dolo. Entendida assim, não há nenhum injusto objetivo*[474]. Como pode-se ver, suas observações teóricas são até aqui corretas.

Contudo, como era habitual em Kiel, imediatamente, explora as

473. Cita aqui trabalhos de Welzel desses anos, que podem ver-se em Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlim., 1975.
474. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld, op. cit.*, p. 88.

anteriores observações racionais para passar a afirmar que *a extensão da ilegalidade à totalidade do fato, incluindo os elementos subjetivos da ação, não só resulta em uma volta contra a teoria naturalística da ação, mas também contra o princípio do direito penal de vontade, enquanto, pelo contrário, a teoria objetivista do injusto tem por pressuposto uma concepção do direito como algo contraposto à eticidade, como uma pura regulação externa da vida humana*[475].

Em outras palavras, para resolver as contradições do dolo na culpabilidade e do injusto sem dolo, a única solução que Schaffstein parece encontrar é um total mergulho sem limites no direito penal de vontade. Entretanto, depois de deixar cair semelhante afirmação, continua raciocinando corretamente ao observar que, deixando o dolo na culpabilidade e adjudicando-lhe a consciência da ilegalidade, cria-se uma não salvável contradição ao conceber a inimputabilidade como incapacidade de culpabilidade, pois obriga a construir o atormentado *dolo natural* do neokantismo, por isso, reitera que a imputabilidade deve ser considerada um pressuposto de punibilidade (*Strafbarkeitsvoraussetzung*) paralelo ao injusto[476].

Acreditamos que é legítima a suspeita — antes expressa — de que o confuso conceito de *Deliktstypus*, no sentido dos *Grunzüge* de Beling, teve muita relação na construção da pretendida teoria unitária de Kiel, embora isso tenha sido alheio à intenção de Beling. Aqui o expressa diretamente Schaffstein: *de uma estruturação semelhante ao tipo de delito (Deliktstypus) desprende-se a natureza do delito como realização da vontade, uma distinção entre a vontade e sua realização, entre o dolo e o acontecimento externo, transforma-se no fato mesmo, no qual também ambas as partes do delito, a externa e a interna, mediante o conceito de ação se fecham em uma unidade abrangida pelo juízo de ilegalidade*[477].

Quanto à participação, é razoável seu rechaço à tese da tipicidade independente da instigação e da cumplicidade, mas se vê obrigado a adotar a chamada fórmula tradicionalmente conhecida como do *acesso máximo*, pois, desse modo, resolve a questão do dolo, a que os neokantianos não podiam dar resposta com a tese do acesso limitado.

É interessante a este respeito o exemplo a que recorre com citação de sentença: em um suposto de estado de necessidade *prolongado*, no qual A

475. *Ibidem*, p. 89.
476. *Ibidem*, p. 91.
477. *Ibidem*, p. 91 e nota.

aconselha B, cuja mãe é constantemente maltratada com perigo de vida pelo seu pai alcoólatra, que ponha fim a essa situação matando o pai. Não só desculpa B como autor, mas também A como instigador, por aplicação do tipo negativo de estado de necessidade de desculpa, ao contrário da opinião de Schwinge e Zimmerl, que condenam A pela instigação ao homicídio qualificado em função da tese do acesso limitado[478]. Cabe observar que Schaffstein toma o exemplo de um suposto de desculpa, mas a verdade é que seu acesso extremo o leva também a impor penas mais graves nos casos de qualificação por maior culpabilidade do autor.

Schaffstein critica fortemente que Schwinge e Zimmerl, e também Mezger, vinculem o conceito de ilegalidade penal com o civil. Afirma que *os conceitos de pena e as consequências do direito civil, a expiação e a culpabilidade e a reparação de danos são por essência diferentes. E esta diferença se reforça ainda mais à medida que se acentua o conteúdo ético do direito penal e da pena.* Adiciona que *é possível que as diferentes formas de responsabilidade por perigos não sejam concebíveis sem partir da ilegalidade objetiva. Porém, para o direito penal, isto não se vincula com o princípio de responsabilidade pelo perigo, mas pela culpabilidade, do que se deriva que possivelmente a ilegalidade deva ser diferente daquela do direito civil. Numerosos conceitos dogmáticos básicos, como culpabilidade, culpa, elo causal, desde muito tempo reconhecem diferença essencial com o âmbito da doutrina e da jurisprudência civis. Não se entende por que isto não terá de ser necessário também no tema da ilegalidade*[479].

Cabe anotar que no mesmo ano 1938 foi publicado o trabalho de habilitação de Hans Jürgen Bruns[480] —que em seguida foi autor de um livro sobre a quantificação penal de ampla difusão—, no qual impetrava a liberação do direito penal do pensamento civilista, postulando uma interpretação e metodologia de construção conceitual independente e específica do direito penal. Bruns cita nesse trabalho precisamente Schaffstein e Freisler, que opinavam que a dependência civilista era uma criação do liberalismo do século XIX e que era necessário superar a *civilização do direito penal*. Negava que as disposições introdutórias do código civil fossem válidas para a lei penal, como

478. *Ibidem*, p. 99; à mesma solução de Schwinge parece chegar Eduard Kohlrausch em *Das kommende Deutsche Strafrecht, op. cit.*, p. 396.

479. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld, op, cit.*, p. 102.

480. Hans-Jürgen Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs -und Begriffsbildungsmethodik*, Berlim, Nicolai, 1938. Sobre a independência do direito penal do civil em Bruns, também Gerhard Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichgerichts*, *cit.*, p. 112 e ss.

também que os conceitos civis configurassem elementos normativos dos tipos penais, e, além disso, assinalava que não eram somente os advogados criminalistas da escola de Kiel que postulavam esta independência conceitual.

3. O TIPO DE AUTOR ABRANGE TUDO

Schaffstein prossegue sua tentativa de demolição da separação conceitual do injusto e a culpabilidade, considerando obscuros e confusos os conteúdos mesmos de ambos os conceitos, o que atribui à prévia consideração essencial do delito sobre a base da lesão ao bem jurídico. Sustenta que *as frequentes transformações das teorias da ilegalidade e da culpabilidade não demonstram outra coisa senão o resultado da contínua renovação e reformulação da conhecida separação entre fato e autor, como ponto de partida da sistemática penal, realizada conforme a imagem do mundo de cada tempo*[481].

Desse modo, insiste no rechaço da separação de fato e autor, que daria base à separação conceitual de injusto e culpabilidade, esgrimindo um argumento meramente analítico que impressiona à primeira vista: o conceito de autor não acrescenta nada, dado que *autor é quem comete o fato, e o fato, por sua vez, caracteriza-se através do autor. O fato não pode ser pensado sem um autor, nem o autor sem um fato.*

Em seu apoio, cita a opinião de Maggiore: *De forma semelhante ao que foi aqui sustentado, o criminalista italiano Maggiore fez considerações dignas de atenção em seu tratado, no sentido de que o delito não é ação mais ilegalidade mais culpabilidade, mas sim todo ele é ação, todo ilegalidade, todo culpabilidade, que não são elementos, mas aspectos do delito. Esta formulação de Maggiore é de novo aplicável aqui: tampouco fato e autor*[482] *assinalam distintas partes ou elementos nos quais se divide o conceito do delito, mas sim dois diferentes pontos de vista a partir dos quais, como totalidade, é compreensível a visão do fenômeno do delito*[483].

Para dar um exemplo entre os muitos que podem citar-se, não há nenhum tipo de fato da fraude (Tattyp) que só faça depender sua essência do dano patrimonial e do correspondente dolo, mas sim a fraude se caracterizará principalmente pelo dano patrimonial doloso mediante engano que, por sua vez, pressupõe um determinado dever de confiança do agente e uma intenção de enriquecimento.

481. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld, op, cit.*, p. 107.

482. *Tattyp* e Tätertyp, na terminologia de Erik Wolf.

483. Friedrich Schaffstein. *Rechtswidrigkeit und Schuld, cit.*, p. 108. Sobre Maggiore e sua filiação fascista, Víctor Manuel Macías Caro, *op. cit.*, p. 575 e ss.

Contudo, nem o elemento subjetivo do injusto de intenção de enriquecimento nem a ação enganosa —considerados isoladamente— convertem ninguém em estelionatário, mas sim a combinação destes caracteres com o dano patrimonial e o dolo condizente a este. Apesar de tudo, existe uma diferença fundamental na forma de tratamento: em primeiro plano, no (Tätertyp) está a característica disposição interna (innere Gesinnung) do estelionatário, ou seja, a intenção de enriquecer e a lesão ao dever de confiança; imediatamente depois, quase na penumbra, está o prejuízo causado, como mais ou menos acidental da concreção da disposição interna defraudária; pelo contrário, no tipo do fato, este resultado está em lugar preferencial, enquanto a característica sintomática da disposição interna aparece mais atrás e apenas com significação secundária. Considera que *o trabalho dogmático não dá nenhum valor delimitador a esta distinção. Fato e autor não constituem nenhuma categoria que permita separar as particulares características e pressupostos do delito*[484]. Nesta unidade de fato e autor, coincide com a ideia do tipo de autor de Dahm.

Resumindo — escreve — *cabe dizer que o novo sistema do direito penal não pode ser edificado sobre a separação da ilegalidade e a culpabilidade como pressupostos de responsabilidade independentes, dado que essa ordem e sua contraposição de ilegalidade e culpabilidade não se pode referir ao velho critério sistemático amplamente sustentado que opunha a parte objetiva à subjetiva do fato, que sequer conserva valor didático. Tampouco pode basear-se nas contraposições de donosidade geral e repreensibilidade, de ilegalidade e contrariedade ao dever, de norma de valoração e norma de determinação, de recriminação jurídica e ética, posto que todas estas distinções —assim como as didáticas— carecem de valor para o sistema científico do direito penal*[485].

Schaffstein acaba por confessar que aquilo que na verdade faz é suprimir a ideia de culpabilidade, porque admite a sua hipotética sobrevivência no novo sistema somente de três formas aceitáveis: (a) a primeira seria reduzindo-a à imputabilidade, como um pressuposto do delito paralelo à ilegalidade. É óbvio que imputabilidade não é culpabilidade, mas apenas capacidade de delito ou de culpabilidade, de modo que nesta variável propõe na realidade sua supressão. (b) Na segunda possibilidade que admite, propõe que a culpabilidade assinale a totalidade dos pressupostos objetivos e subjetivos do delito, o que seria praticamente um conceito processual de culpabilidade

484. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld, op, cit.*, p. 109.
485. *Ibidem*, p. 111.

(quando se diz que alguém é *culpado*), o que obviamente não tem nada a ver com a culpabilidade na teoria do delito. (c) O conceito de culpabilidade poderia finalmente — segundo este autor — ser aplicado para compreender o dolo e a imputabilidade como um conceito abrangente e assim assinalar ambas as características do fato principal, o que obviamente tampouco se refere a nenhuma recriminação essencial à ideia de culpabilidade[486].

É claro que nenhuma destas variáveis é *culpabilidade*, e o que Schaffstein admite — em qualquer delas — é a possibilidade de salvar unicamente a palavra, o nome — que reconhece antiga linhagem —, mas não o conteúdo conceitual: trata-se de rebatizar como culpabilidade a que não é tal. Isto revela que este autor, ao rechaçar a distinção entre injusto e culpabilidade, na verdade propunha algo que vai além desse rechaço: tudo indica que se propôs suprimir o verdadeiro sentido da voz *culpabilidade*, porque lhe bastava a ideia do tipo de autor que uniria de forma abrangente o feito e o autor.

Esta técnica de *mudar os nomes* às vezes pode ser ingênua, mas no direito penal costuma ser perversa e a conhecemos da inquisição: a declaração *espontânea* da bruxa torturada, por exemplo. No caso dos nazistas, o *rebatizo* ou a *eufemização* era particularmente grave: *solução final (Endlösung)* era o extermínio; *tratamento especial (Sonder-behandlung*), a execução; e *instalações especiais (Spezialeinrichtungen),* as câmaras de gás[487]. O caso de chamar culpabilidade ao que não é culpabilidade não reveste igual gravidade, mas é uma *eufemização* que também tende a desconcertar.

Não obstante — e apesar de que se insista na unidade de ambos os termos — a verdade é que, se se falar de *tipo do fato e tipo de autor*, mesmo que se diga que são a mesma coisa, que se trata de dois olhares sobre o mesmo objeto ou outros argumentos parecidos, estão-se introduzindo duas categorias, ou seja, uma nova estratificação, só que mais confusa que a tradicional, porque aparentemente obrigaria a um constante trânsito de uma à outra e vice-versa. O próprio Schaffstein percebe isso, a ponto de querer cobrir-se sustentando que a d*istinção entre tipo de fato (Tattyp) e tipo de autor (Tätertyp) não é idêntica à de ilegalidade e culpabilidade materiais construída no sistema teleológico, embora se encarregue de assumir a tarefa desta distinção no âmbito da construção e da interpretação dos tipos*[488].

486. *Ibidem*, p. 112.
487. Cfr. Enzo Traverso, *op. cit.*, p. 56.
488. Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld, op. cit.*, p. 112.

4. O DELITO É SÓ INJUSTO?

Não chama a atenção que, na anterior exposição, trate-se de demolir a teoria neokantiana do delito, cuja separação de injusto e culpabilidade era finalmente tributária da sistemática objetivo-subjetiva de von Liszt, apenas reelaborada conforme a particular teoria do conhecimento desta corrente: não pode esquecer-se que o neokantismo procurava superar o *naturalismo* de Liszt, que pretendia ser *descritivo*, porque, conforme a sua teoria do conhecimento, embora verificasse que as *coisas* não eram como Liszt dizia, os valores permitiam reordenar o *mundo das coisas* de forma parecida com a de Liszt.

Como havia sido colocado em evidência por vários autores, este sistema apresentava furos em vários lugares, de modo que Schaffstein aproveitava muito inteligentemente estas contradições para demolir a teoria neokantiana, deixando, em seu lugar, uma construção que pretendia ser *total*, mas que, na verdade, era confusa — porque inclusive se inspirava em outra exposição confusa, como a de Beling de 1930 — e, em suma, sequer deixava de ser estratificada.

Se for observada atentamente sua construção, na verdade não suprime a distinção entre injusto e culpabilidade da forma como se reitera habitualmente, mas sim procede a uma etização total e extrema do injusto, e o que, na verdade, faz é suprimir a culpabilidade.

Embora pareça insólito — e às vezes as voltas da dogmática do delito implicam estas surpresas —, Schaffstein volta para Liszt em algum sentido: a teoria do delito de Liszt, na verdade, era uma teoria do injusto, o delito se esgotava no injusto, porque a culpabilidade chamada *psicológica* era unicamente o aspecto subjetivo do próprio injusto, não havia *culpabilidade*, porque a ideia universal desta implica uma recriminação pessoal, e nada disto havia na proposta positivista de Liszt.

Schaffstein, por um caminho totalmente diferente, pretendia também construir uma teoria do delito sem culpabilidade, como um mero injusto etizado ao extremo.

Capítulo IX
RECAPITULAÇÃO E REFLEXÕES

A. DOGMÁTICA CRIMINAL E SISTEMA POLÍTICO

1. A DOGMÁTICA PENAL É POTENCIALMENTE RACIONAL

Como destacamos no início, o avanço da realização dos Direitos Humanos no mundo enfrenta — e continuará enfrentando — resistências no plano fático. Vencer essas resistências é uma questão puramente política, ou seja, uma empresa de ampliação da cidadania real e universal e, por conseguinte, a tática dependerá sempre de circunstâncias conjunturais que é muito difícil programar em abstrato.

Não obstante, a ciência jurídico-penal entra em cena quando muitas das resistências *desumanas* se traduzem em leis ou normas, doutrinas e sentenças, que se encobrem e se legitimam com *racionalizações* (falsas razões). Despir e deslegitimar essas falsas razões é a tarefa própria do direito penal humano, quer dizer, do trabalho científico de construção de uma doutrina jurídico-penal enquadrada nos Direitos Humanos estabelecidos nas Constituições e no direito internacional.

Daqui se desprende a importância que adquire seu estudo na atualidade, quer dizer, para exigir que pelo menos as racionalizações *anti-humanas* atuais sejam novidades, o que, certamente, não é muito frequente, mas sim, pelo contrário, dado que a imaginação perversa de todos os tempos deixou pouco espaço para a criatividade maligna, as racionalizações *anti-humanas* atuais são invariavelmente reiterações de velhas especulações, mais ou menos embelezadas com novas palavras, mas algumas vezes diretamente copiadas ao pé da letra, por isso, no plano científico do direito, nenhuma racionalização *anti-humana* está totalmente morta, embora, às vezes, permaneça latente.

Esta é uma das principais razões pelas quais, na atualidade, fomenta-se um direito penal *não histórico* — como assinalamos ao começo —, dado que a perda de memória permite mostrar como *novidades* os adereços de décadas, séculos e milênios anteriores.