

Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936

Christiano Fragoso¹

Sumário: I. Dedicatória. II. Introdução. III. Contextualização histórica. IV. As diretrizes criminológicas e político-criminais nazistas, e o projeto de Código Penal alemão de 1936. V. A parte geral do projeto. VI. A parte especial do projeto.

I. Dedicatória

Vera Malaguti Batista e Nilo Batista criaram e, durante anos, conduziram um dos mais bem-sucedidos cursos de mestrado em Ciências Penais do país, na Universidade Candido Mendes – UCAM, no Rio de Janeiro. Esse curso atraiu inúmeros estudiosos de outros Estados, e até de outros países, para a UCAM, formando dezenas de novos mestres, todos irmanados por uma abordagem crítica das ciências criminais, proporcionada por um plantel de professores de invulgar preparo técnico e de inspiração democrática.

As aulas no curso de mestrado em ciências penais na UCAM, pela transdisciplinariedade da abordagem (que mostrava que toda questão criminal é política), constituíram para muitos (e inclusive para mim) um verdadeiro e inspirador deslumbramento, uma viragem metodológica que deixou lembranças indelévels, condicionando a produção intelectual e a atividade profissional dos alunos. Vera e Nilo puderam inspirar seus alunos a desafiar o senso comum teórico e a pensar criticamente a questão criminal. No mundo de hoje, em que prevalece o discurso único e autoritário, não é pouca coisa. Essa exitosa realização deve ser louvada, e este livro é um singelo, mas eloquente, preito de gratidão e de reconhecimento, por parte de seus sempre alunos.

II. Introdução

Este artigo de homenagem apresenta os traços fundamentais do projeto de Código Penal nazista de 1936. O direito penal nazista é tema do qual já se ocupou o professor Nilo Batista, em trabalho do início da década de 1980,² no qual busquei a inspiração para o título deste artigo. Meu interesse por este palpitante tema também se deve ao professor Nilo Batista, que, em meados de 2009, me incumbiu de dar uma aula sobre a política criminal nazista para os alunos do mestrado em Direito Penal da UERJ (o que eu viria, para júbilo meu, a repetir em meados deste ano de 2010).

O texto deste projeto de CP de 1936 somente foi publicado recentemente, não havendo, ao que seja de meu conhecimento, qualquer trabalho que tenha apresentado, em língua portuguesa, os seus traços fundamentais. É sumamente interessante o exame deste projeto, pois é fácil perceber quão profunda foi a influência da ideologia nazista na criação de novos tipos penais e na reformulação (em alguns casos, descaracterizante) de conceitos jurídico-penais.

Este projeto não tem, lamentavelmente, apenas valor histórico; seu exame permite decifrar a política criminal nazista e descobrir “*que selo de origem têm algumas propostas político-criminais do presente*”.³ Uma das mais controversas propostas político-criminais atuais é, sem dúvida algu-

ma, a instituição de uma severa fratura no direito penal: de um lado, um direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*), com todas as garantias penais e processuais penais tradicionais desde a Ilustração, e, de outro, um Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), no qual essas garantias inexistiriam.

A instituição de um Direito Penal do Inimigo, defendida por **Günther Jakobs** e outros, parte da concepção controvertida de que haveria indivíduos que, por sua oposição (seja renitente, seja por determinada modalidade de conduta) ao sistema social, devem ser considerados *não pessoas*, podendo (e, para alguns, até devendo) ser combatidos como inimigos do Estado. Os inimigos não são tratados como seres humanos, mas apenas como fontes de perigo, em virtude de uma falta de segurança cognitiva do comportamento pessoal desses indivíduos.

O Direito Penal do Inimigo se desvia do direito penal do cidadão, criando um *corpus* punitivo particular, cujos caracteres básicos seriam, como sintetiza **Gracia Martín**: (a) a antecipação da punibilidade para permitir o alcance de atos preparatórios (sem a correlativa diminuição da escala penal); (b) uma desproporcionalidade absurda das penas, excessivamente majoradas; (c) a autodenominação explícita de leis como leis de luta ou de combate à criminalidade do inimigo; e (d) uma considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados etiquetados como inimigos.⁴ **Muñoz Conde** anota que um Direito Penal do Inimigo se manifesta, ainda, com as seguintes estratégias: (a) uma identificação dos destinatários mediante forte movimento para o direito penal de autor; (b) uma imputação jurídica através conforme critérios independentes da causalidade; (c) uma minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; (d) uma construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; (e) uma perda de conteúdo material do bem jurídico, com os consequentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; (f) um cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); (g) uma lesão ao princípio da legalidade mediante tipos confusos e vagos; e (h) uma delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco.⁵

O direito penal alemão nazista é, certamente, o mais emblemático caso concreto de Direito Penal do Inimigo; no Projeto de CP de 1936, os exemplos disso são inúmeros. Os caracteres indicados por **Gracia Martín** e as estratégias elencadas por **Muñoz Conde** serão muitas vezes reconhecidos nos dispositivos do projeto. **René Ariel Dotti** diz abertamente que “o chamado Direito Penal do Inimigo é a ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano”.⁶ E **Jorge de Figueiredo Dias** decreta: “esta concepção é de todo em todo inadmissível, logo por poder descambar em um direito penal do agente” “sob as formas mais agressivas que assumiu no Estado nacional-socialista alemão”.⁷ Não é por acaso que **Carl Schmitt**, certamente o mais proeminente porta-voz da ciência jurídica nazista,⁸ é o teórico do direito mais invocado por **Günther Jakobs**, ao formular sua tirânica proposta de Direito Penal do Inimigo. A diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, que seria a distinção política fundamental,⁹ é formulada por **Carl Schmitt** em 1932, ano anterior à ascensão de **Hitler** ao poder, que ocorre em 30/1/1933.

A fundamentação do projeto de 1936 consignava que o “*verdadeiro perturbador da paz, o inimigo, devia ser combatido com a arma do direito penal*”,¹⁰ aderindo, expressamente, a um Direito Penal do Inimigo. Este projeto de Código Penal não se transformou em lei, nem foi instituído por decreto (como, aliás, era mais comum na época). Mas a lamentável e sinistra atualidade de seu discurso criminológico (então explícito, e, hoje em dia, velado [e talvez, por isso, mais perigoso]) e de suas propostas político-criminais (basta ver certos dispositivos vigentes e, principalmente, certos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional) mostra que o exame do projeto de CP nazista pode ser bastante profícuo, para evidenciar a que resultados pode levar o autoritarismo no exercício do poder punitivo.

III. Contextualização histórica

Imediatamente anterior ao domínio nazista, a República de Weimar, que se estendeu desde o fim da Grande Guerra¹¹ (em novembro de 1918) até a ascensão de **Hitler** (em janeiro de 1933), foi

um período bastante conturbado da história alemã. O próprio nascimento da República já se deu de modo inusitado. A derrota da Alemanha na Grande Guerra (que, para a população, pareceu súbita), a abdicação e a fuga do **Kaiser Wilhelm II**, e o medo de que os espartaquistas (chefiados por **Rosa de Luxemburgo** e por **Karl Liebknecht**) proclamassem uma república soviética levou a que, em 9/11/1918, o político **Philipp Scheidemann**, do partido social-democrata, proclamasse, da janela do *Reichstag*, a República Alemã.¹²

A rendição na Grande Guerra e a aceitação do Tratado de Versalhes eram vistas como uma traição ao povo. Pelo Tratado de Versalhes, assinado em 28/6/1919, a Alemanha perdia 13% de seu território, com 75% das jazidas de ferro e 25% das minas de carvão. A Alsácia-Lorena era devolvida aos franceses e uma parte da Prússia passou a fazer parte da recém-criada Polônia. Nos termos do tratado, a Alemanha ainda era obrigada a pagar reparações que chegavam a 226 bilhões de marcos de ouro.¹³ A Alemanha também seria excluída de participação no cenário internacional, como mostra o fato de que foi impedida de integrar a Sociedade das Nações (também conhecida como Liga das Nações). Algumas semanas depois da assinatura do tratado, em 11/8/1919, a Constituição da nova República seria promulgada na cidade de Weimar (a cerca de 300 km a sudoeste de Berlim), pois Berlim parecia muito insegura, após uma tentativa dos comunistas de tomar o poder.

O elevado montante das reparações de guerra, as despesas com a previdência social, os custos de manutenção das viúvas e dos órfãos de guerra, a enorme emissão de papel-moeda (que, na Alemanha, como em outros lugares, havia financiado a guerra) e a ocupação do Ruhr por franceses e belgas em fins de 1922 causaram uma inflação galopante. Na eclosão da guerra, 4,2 marcos valiam um dólar; em janeiro de 1920, a proporção era de 64,8 para cada dólar; em 1922, a cotação saltou para 17.972 marcos. Em 1923, a inflação atingiu o ápice, queimando uma enorme parte da riqueza nacional.

Em agosto de 1924, os países vencedores da guerra, percebendo que a Alemanha não tinha condições de pagar as reparações, engendraram um plano econômico (que passou à história como Plano Dawes¹⁴) para viabilizar esses pagamentos. O plano previa a desocupação do Ruhr, o parcelamento das reparações, um empréstimo de 800 milhões de marcos à Alemanha, e a reorganização do *Reichsbank* sob a supervisão dos vencedores.

Embora submetida ao jugo dos vencedores, a Alemanha alcançou relativa estabilidade econômica em meados da década de 1920,¹⁵ principalmente após a implantação do plano econômico. Entre 1924 e 1929, a Alemanha viveria os anos dourados de Weimar (*Goldene Zwanziger*), que veriam uma formidável efervescência cultural. Pela atuação do Ministro de Relações Exteriores **Gustav Stresemann**, a Alemanha melhoraria relações com outras nações (estabelecendo, p. ex., os tratados de Locarno) e seria admitida, em 1926, na Sociedade das Nações. Em 1925, **Paul Hindenburg**, marechal da Grande Guerra, seria eleito presidente. Em 1927, a Alemanha atingiu o nível de produção de antes da guerra e retornou a um sistema de importações e exportações.

Novas dificuldades econômicas e políticas começariam em 1929. A dependência alemã em relação economia americana fez com que o *crack* da Bolsa de Nova York, em outubro daquele ano, se abatesse fortemente sobre a economia alemã. O desemprego recrudescceu maciçamente (passou de 8,5%, em 1929, para 29,9%, em 1932), os salários sofreram uma fortíssima contração e os preços continuaram a aumentar. À pobreza crescente se juntava um difundido senso de frustração e de falta de perspectivas. Politicamente, o presidente **Hindenburg** e seu entorno queriam pôr de lado a democracia parlamentar e realizar uma reforma constitucional favorável às antigas elites prussianas. Os chanceleres **Brüning**, **von Papen** e **Schleicher** já vinham governando sem o *Reichstag*, por meio de decretos emergenciais.¹⁶ A crise econômica foi uma das causas fundamentais para o colapso definitivo da república, pois, de um lado, ensejou uma radicalização das massas, dispostas a tudo para sair da angustiante miséria, e, de outro, concedeu às classes conservadoras a ocasião para desferir o golpe definitivo no sistema de governo que havia se firmado em 1918.

O partido nazista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* – *NSDAP*) havia surgido, em 24/2/1920, a partir de um outro partido (*Deutsche Arbeiterpartei*, fundado no ano anterior), publicando um programa de 25 pontos, que incluía a revogação do tratado de Versalhes, a retirada

da nacionalidade alemã aos judeus, o fortalecimento da comunidade do povo, e a estruturação de um estado autoritário com controle da imprensa e da literatura. Em 1921, **Adolf Hitler** passaria a chefiar o partido nazista. Em 1923, insuflados pela inflação daquela época e pela ocupação do Ruhr, os nazistas tentariam em Munique um golpe de Estado, que foi sufocado. Acusado de alta traição (*Hochverrat*), **Hitler** ficaria preso por apenas cerca de nove meses, sendo solto ao fim de 1924.

Com as dificuldades econômicas e políticas a partir de 1929/1930, o partido nazista experimentou grande crescimento. Com um efficientíssimo uso da propaganda (que tratava a rendição na guerra e a assinatura do tratado de Versalhes como uma punhalada nas costas do povo alemão), aliado a um discurso altamente nacionalista (que apontava os não arianos como bodes expiatórios, sendo os judeus apátridas sanguessugas) e à situação econômica causada pela Crise de 1929, os nazistas conseguiam granjear cada vez mais adeptos. Entre 1925 e 1930, o número de membros do partido cresceu de 25 mil para 130 mil. A participação dos nazistas no *Reichstag* cresceria exponencialmente: em 1928, apenas 2,8%; em setembro de 1930, já tinham 18,3% (tornando-se o segundo maior partido, atrás apenas do SPD); em 1932, chegariam à condição de maior partido da Alemanha, obtendo 37,3% nas eleições de julho e 33% nas eleições de setembro.

As elites prussianas (latifundiários, industriais e militares), que apoiavam o presidente **Hindenburg**, e os nazistas tinham um inimigo comum: os comunistas. O partido comunista também vinha experimentando um crescimento, conquanto mais discreto, no *Reichstag*: em setembro de 1930, eles detinham 13,1%; em julho de 1932, 14,3%; e em setembro de 1932, chegariam a 16,9%, aproximando-se dos social-democratas (o segundo partido). Havia, portanto, um grande receio, até pela instabilidade socioeconômica, de que os comunistas pudessem chegar ao poder.

Imaginavam as elites prussianas que poderiam usar os nazistas em benefício próprio, convencendo o presidente **Hindenburg** a convidar **Hitler**, em 30/1/1933, para o cargo de chanceler. Foi, naquele momento, formado um gabinete misto, com políticos conservadores ou ligados à Igreja (**von Papen** era vice-chanceler) e uma minoria de nazistas (p. ex., **Hermann Göring**).

Os objetivos de **Hitler**, ao assumir a chancelaria, eram claros: (i) politicamente, um estado central forte (que depois deveria se tornar um autoritário estado do Führer, um claro estado de polícia, em que o que valia era a vontade do governante); (ii) economicamente, incentivar a retomada do crescimento; (iii) biopoliticamente, unificar e “purificar” a raça ariana e afastar os judeus; e (iv) territorialmente, expandir as terras alemãs, com a conquista de *Lebensraum* (espaço vital) para a Alemanha. Quando **Hitler** assume, os governistas, todavia, não tinham maioria no Parlamento (tinham 247 das 583 cadeiras), o que os obrigava a ter que buscar o apoio dos partidos do centro.¹⁷ Como veremos, **Hitler** iria atingir esses objetivos com uma velocidade estonteante.

A recuperação econômica ocorreu de forma impressionantemente rápida, através de um protecionismo estatal (que já vinha desde a República de Weimar, mas só agora mostrava seus efeitos) e de uma hábil política monetária, de **Hjalmar Schachts**, ministro da Fazenda e presidente do BC.Wesel diz que **Hitler** simplesmente teve sorte.¹⁸ Posteriormente, a direção dos investimentos estatais para a militarização também teve efeitos positivos na economia: queda do desemprego (em 1932, havia seis milhões de desempregados; em 1934, esse número já tinha caído à metade; e em 1939, havia pleno emprego) e ganho real nos salários (entre 1933 e 1939, um aumento de 18%). **Wesel** diz que a visão geral era otimista, mas havia esqueletos no armário: **Hitler** investe muito em armamentos, desprezando o comércio exterior (o que faz com que fique com poucas matérias-primas, que ele busca depois com conquistas militares).

Politicamente, ficaria claro, desde o início, que os comunistas não teriam vez. A máquina de repressão penal seria usada, desde o início, para perseguir politicamente e punir os comunistas – o que também era funcional para obter o controle do Parlamento. O incêndio do *Reichstag* (ocorrido em 27/2/1933) seria o pretexto para que, no dia seguinte, fosse editado, “para proteção do povo e do Estado”, um decreto terrível,¹⁹ que (i) afastava diversos direitos fundamentais, (ii) centralizava o poder político (em detrimento da autonomia das províncias [*Länder*]), (iii) previa pena de morte para vários delitos do Código Penal (tais como incêndio, alta traição etc.), para a tentativa, a ins-

tigação, a oferta, a aceitação de oferta e a combinação de matar o presidente ou outro membro do governo do *Reich*, para a desordem pública ou a violação de domicílio (se praticadas com arma), e para o sequestro político; e (iv) criava um crime de desobediência, para quem resistisse a cumprir ou violasse os decretos editados com base nessa lei (ou instigasse tais condutas). **Uwe Wesel** assegura que os campos de concentração nazista começaram logo após esse decreto de 28/2/1933.²⁰

O incêndio do *Reichstag* foi considerado pelos nazistas, desde o início, como uma sublevação comunista. **Shirer** narra que **Göring**, logo ao chegar ao local do incêndio, teria proclamado que aquilo se tratava de um crime comunista.²¹ Não há comprovação cabal, mas muitos dizem que o incêndio do *Reichstag* teria sido armado por membros das forças de segurança do próprio partido nazista²² para impressionar a opinião pública (pois, em 5/3/1933, realizar-se-iam novas eleições para o Parlamento alemão) e para permitir repressão política contra os comunistas, que, de fato, foi exercida brutalmente.

No episódio do *Reichstag*, foi preso um jovem, **Marinus van der Lubbe**, holandês, ajudante de pedreiro, com convicções comunistas. Deputados comunistas também foram presos, e os nazistas insistiam na versão de que se tratava de uma sublevação comunista. O episódio, que, no mínimo, os nazistas exploraram bem, impressionou o eleitorado e fez com que o partido nazista tivesse um resultado importante no pleito de 5/3/1933: o **NSDAP** passou a ter 44,5% das cadeiras do Parlamento (tinha antes 33,1%), e o partido comunista (**KPD**) caiu para 12,5% (tinha antes 16,9%).

Desde o início, os nazistas queriam a pena de morte para os acusados do incêndio do *Reichstag* (como já mostrava a “sentença” de **Göring** ao chegar ao local dos fatos). Ocorre que o CP vigente ao tempo do incêndio não previa a pena de morte para o crime, que só foi estabelecida pelo decreto do dia seguinte. **Hitler** exigia que este decreto fosse aplicado retroativamente e tal questão foi, inclusive, objeto de uma reunião ministerial (em 7/3/1933, logo após as eleições): nessa reunião, **Hitler** impôs sua exigência, dizendo inclusive que iria falar pessoalmente com o presidente do *Reichsgericht* (o tribunal de cúpula, então competente para o julgamento).²³

Até o fim do mês de março, mais dois duros golpes na democracia já claudicante: (i) após a declaração, com base no decreto de 28/2/1933, de vacância das 81 cadeiras comunistas no Parlamento, os nazistas conseguem aprovar no Poder Legislativo, em 24/3/1933, uma lei que confere plenos poderes ao governo (*Ermächtigungsgesetz*), permitindo-lhe, sem limitação temática, editar leis (inclusive para alterar a Constituição) e firmar tratados internacionais; e (ii) com base nessa *Ermächtigungsgesetz*, **Hitler** edita uma lei que permite que as penas instituídas pelo decreto de 28/2/1933 sejam aplicadas a fatos ocorridos entre 31/1/1933 e 27/2/1933. Estava instituída a ditadura, e o primeiro ato era precisamente revogar o princípio da irretroatividade da lei penal. Restava saber como o *Reichsgericht* iria se posicionar... **Wesel** diz que o decreto da irretroatividade foi a primeira de uma série de derrotas do ministério da justiça na defesa de princípios do estado de direito. Depois que este dique se rompeu, várias rupturas se seguiram.²⁴

O processo criminal pelo incêndio do *Reichstag* foi instaurado contra cinco acusados: além de **van der Lubbe**, foram acusados **Ernst Torgler**, líder do partido comunista, e três búlgaros, **Dimitroff**, **Popoff** e **Taneff**, que trabalhavam no escritório ilegal da Internacional Comunista em Berlim. Nas investigações, haviam sido ouvidas mais de 500 testemunhas, formando 32 volumes de autos. O juiz que conduziu as investigações preliminares foi indicado pelo governo e indeferia todos os requerimentos defensivos.

As audiências no *Reichsgericht* começaram em 21/9/1933 sob grande atenção internacional. **Hitler** exigia a condenação de todos e havia tensão sobre como o Tribunal iria reagir. Os réus eram mantidos algemados o tempo inteiro, mesmo durante as audiências; foi-lhes negado o direito de escolher seus próprios advogados (que foram indicados pelo Tribunal). Nas audiências, ficou claro que **Torgler** e os três búlgaros eram inocentes. A sentença saiu em 23/12/1933. O tribunal preferiu um caminho intermediário: **van der Lubbe** foi condenado à morte (como **Hitler** queria), mas os quatro corréus foram absolvidos (contra a vontade de **Hitler**).²⁵ **Van der Lubbe** foi guilhotinado poucos dias depois, em 10/1/1934. A absolvição dos quatro corréus, na visão dos nazistas, ia muito longe,

porque excluía a teoria de uma conspiração comunista. Houve uma grita furiosa por parte dos nazistas. O resultado apareceria logo depois: os quatro acusados absolvidos seriam submetidos, logo após a decisão, a uma prisão de proteção (*Schutzhaft*), que era uma prisão administrativa, contra a qual não cabia *Habeas Corpus*; os búlgaros foram logo deportados e **Torgler** só foi solto em 1936. Em 24/4/1934 (quatro meses depois da sentença), foi criado o *Volksgerichtshof*: com sede em Berlim, passaria a ter competência para atuar em processos de alta traição, que era retirada do *Reichsgericht*.

Logo depois viriam os ataques finais ao já moribundo Estado de Direito alemão. Em 14/7/1933, é editada lei que proclama que o partido nazista é o único partido da Alemanha (§ 1), e criminaliza a tentativa de criação de outros partidos, com pena de prisão de até 3 anos (§ 2) (*Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*). Em 30/1/1934, é editada uma lei que extingue as assembleias legislativas das províncias (§ 1), e demove as províncias a meras unidades administrativas do Reich, transferindo seus poderes para o Governo Federal (§ 2). Em 01/8/1934, com a premência da morte do presidente **Hindenburg** (que, doente, realmente faleceria no dia seguinte), **Hitler**, já se denominando *Führer*, baixa uma lei, unindo os cargos de presidente e de chanceler (§ 1). A partir daí, ele passa a ser chamado de *Führer e Reichskanzler* e a ter poder ilimitado.

Ou seja, em apenas um ano e meio (entre fevereiro de 1933 e agosto de 1934), a Alemanha, após todos esses ataques, passa de um país com federação, com divisão de poderes e direitos fundamentais (*Rechtsstaat*), a um estado de polícia centralizado, sem direitos fundamentais, e tendo, no cume, um líder (*Führerstaat*). **Huber**, autor do mais proeminente livro de direito constitucional da época, dizia que o poder de **Hitler** era “*abrangente, totalmente livre e independente, exclusivo e ilimitado*”.²⁶ Estavam lançadas as bases para que **Hitler** fizesse, de fato, tudo o que queria...

Desde o início do domínio nazista, passaram a ser destituídos e perseguidos os professores de Universidades, os funcionários públicos, os cientistas (p. ex. **Einstein**), os intelectuais (p. ex., **Thomas Mann** e **Bertold Brecht**) e, em geral, qualquer pessoa que detivesse posição de poder ou projeção, mas que fosse de origem judaica ou não se alinhasse à ideologia nazista. Dentre os professores de direito, inúmeros foram sumariamente demitidos e forçados a emigrar: **Herman Heller**, **Walter Jellinek**, **Hans Kelsen**, **Gerhard Leibholz** e **Hans Nawiasky** são alguns exemplos entre professores de direito constitucional e de teoria do direito; na área criminal, **Gustav Radbruch**, **Richard Honig**, **Hermann Kantorowicz** e **Hans von Hentig**. Os juristas nazistas, liderados por **Hans Frank** e **Carl Schmitt**, chegaram a realizar um vergonhoso congresso, nos dias 3 e 4 de outubro de 1933, sobre “O judaísmo na ciência do direito” (*Das Judentum in der Rechtswissenschaft*), com vistas a discutir modos de eliminar a influência dos judeus no direito, incitando que livros de juristas judeus não fossem lidos.

No lugar dos professores judeus ou não alinhados ao regime nazista, deveriam ser colocados juristas que endossassem a ideologia nazista. Muitos docentes jovens, de cerca de 30 anos, foram, sob condição de adequação à ideologia nazista, arregimentados para substituir os professores cate-dráticos. Em Kiel, os nazistas montaram uma faculdade de direito que deveria servir de modelo para as demais, sendo ali congregados os mais fervorosos defensores de uma “renovação” do direito alemão de acordo com ideologia nazista; essa faculdade de Kiel, por sua ligação estreita com o regime nazista, chegou posteriormente a ser chamada “faculdade da tropa de choque” (*Stosstruppfakultät*), e dela faziam parte, entre outros, **Georg Dahm**, **Friedrich Schaffstein** (direito penal), **Karl Larenz** (direito civil e filosofia do direito), **Ernst Rudolf Huber** (direito constitucional), **Wolfgang Siebert** (direito civil e do trabalho) e **Karl Michaelis** (direito civil). Muitos outros professores, de outras faculdades, também se converteram à ideologia nazista; na área criminal, **Edmund Mezger** é o exemplo mais eloquente.²⁷

Os ideólogos nazistas, que pretendiam um estado fundado em conceitos raciais, tenderiam evidentemente a um *approach* biológico do crime (tal *approach*, evidentemente, preexistia aos nazistas, mas eles o radicalizaram). Mas os juristas nazistas eram, de início, hostis à criminologia, que era vista como a causa de uma suposta leniência da justiça criminal de Weimar; para eles, o interesse criminológico de entender a personalidade do criminoso teria minado a noção de responsabilidade

individual, comprometendo a defesa social.²⁸ Os criminólogos nazistas, portanto, passaram a, de um lado, buscar dissociar a visão de que a criminologia estava ligada a falhas da justiça criminal de Weimar e, de outro lado, a capitalizar em cima da predileção nazista pela visão biológica da sociedade.²⁹

No primeiro intento, **Exner** defenderia, em estudo de 1931, que a tendência de leniência começou nos anos 1880, muito antes do período de Weimar.³⁰ A segunda empreitada (i.e., ganhar o apoio nazista para estudos criminológicos) teria que passar por explorar a tendência dos nazistas à visão biológica da sociedade e sua empolgação com a eugenia – isto, é claro, conduziria à pesquisa biológico-criminal. A Bavária era pioneira na realização de exames biológico-criminais, que **Vierstein**, já em setembro de 1933, sustentava que poderiam constituir um modelo para uma pesquisa biológica nacional para classificar a população inteira de acordo com o seu valor genético, o que constituiria o fundamento para implementar-se uma abrangente política eugenia.³¹

Wesell assegura que “*nunca na Alemanha [como no período nazista] foram editadas tantas leis em tão pouco tempo, que tornariam o direito penal e o processo penal em instrumentos do terror*”.³² Várias foram as leis penais editadas com o objetivo de habilitar poder punitivo contra adversários políticos, sempre em termos terrivelmente vagos e abertos. P. ex., um decreto de 21/3/33 criminalizava “*quem, intencionalmente, faz uma afirmação fática, falsa ou altamente enganadora, que seja apta a prejudicar severamente o bem-estar do Reich ou de uma Land ou a reputação do governo do Reich ou do governo de uma Land, ou dos partidos ou associações que apoiem estes governos*” (§ 3,1); a modalidade culposa também era punível (§ 3,3). **Werle** diz que este artigo é o primeiro exemplo marcante de uso de meios penais para a proteção da confiança na liderança nazista; na prática, este artigo era um instrumento para a luta contra manifestações oposicionistas e era muito usado cotidianamente.³³ Muitas leis também foram editadas para proteger as instituições e símbolos nazistas.³⁴

Franz Gürtner, ministro da Justiça do Reich, ao comentar, no segundo semestre de 1935, as ideias que presidiam a “renovação” nazista do direito penal, dizia que três leis, editadas naqueles últimos anos, realizavam as ideias fundamentais do novo Código Penal.³⁵ Eram elas as seguintes: (i) a lei contra criminosos habituais perigosos e sobre medidas de segurança, de 24/11/1933; (ii) a lei de 24/4/1934, que deu nova redação aos dispositivos sobre alta traição (*Hochverrat*) e traição à pátria (*Landesverrat*); e (iii) a lei de 28/6/1935, que permitiria a analogia em matéria penal.

A estreita ligação entre eugenia e política criminal já se desenhava durante a República de Weimar, e seria muito explorada pelos nazistas, que, já em 1933, editariam lei que permitia a esterilização forçada de pessoas com certas doenças hereditárias (lei de 14/7/1933). A lei contra criminosos habituais perigosos e sobre medidas de segurança, de 24/11/1933, é vista como uma decorrência dessa política eugenia e racial (e não especificamente de política criminal).³⁶ Entre as medidas de segurança, previa-se a castração forçada de criminosos sexuais perigosos (“*Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher*”, § 42a, 5). Ponto nuclear da nova lei era a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) para criminosos habituais (que, todavia, na esteira de **v. Liszt**, já constava do Projeto **Radbruch**, de 1922, cf. § 45), que era temporalmente ilimitada.³⁷ Esta lei também previa a imputabilidade diminuída (§ 51) e introduzia um delito de cometimento de crime em estado de embriaguez, para punir as hipóteses de *actio libera in causa* (§ 330a).

A lei de 24/4/1934 servia a uma organização, complementação e agravamento das penas da alta traição (*Hochverrat*) e da traição à pátria (*Landesverrat*).³⁸ Equiparavam-se a tentativa e a consumação desses crimes; punia-se a preparação desses delitos (p. ex., § 83); cominava-se frequentemente a pena de morte (ora coativa, ora facultativamente); e permitia a imposição da medida de segurança de *Sicherungsverwahrung* (custódia de segurança), mesmo sem os pressupostos legais, bastando que a segurança pública a exigisse (§ 93). A competência para o julgamento desses delitos passaria para o *Volksgerichtshof*, que esta lei também criava (artigo III).

A lei de 28/6/1935 permitia a analogia em matéria penal com base no sã sentimento do povo alemão (*das gesunde Volksempfinden*), e era vista como um meio necessário de libertação do juiz das amarras do texto legal, com o intuito de obter a justiça material no caso concreto. **Gürtner** dizia crer

que as críticas (principalmente estrangeiras) a essa lei eram infundadas, pois ignorariam que o povo alemão tem, por sua visão de mundo, um saudável sentimento sobre o lícito e o ilícito, e, portanto, este sentimento deveria, no mais profundo sentido, ser a fonte de toda a criação jurídica.³⁹

As tendências nazistas de pureza racial levariam, em 15/9/1935, durante um congresso nazista em Nuremberg, à edição de duas leis terríveis (a *Reichsbürgergesetz* e a *Blutschutzgesetz*), que seriam o núcleo da legislação racial nazista. A *Reichsbürgergesetz* trazia uma distinção feita por **Hitler** no livro *Mein Kampf* entre membro do estado (*Staatsangehörige*) e cidadão do Reich (*Reichsbürger*): só era cidadão do Reich aquele detentor de sangue alemão que provasse querer e estar apto a servir fielmente ao povo e ao Reich alemães (§ 2 I); só o cidadão do Reich tinha direitos políticos de votar e ser votado (§ 2 III). A *Blutschutzgesetz* tinha importância central para o direito penal nazista: criminalizava-se o casamento (§§ 1 e 5 I) e a relação sexual extramatrimonial (§§ 2 e 5 II) entre alemães e judeus, sob o argumento da preservação da pureza do sangue e da raça arianos. As penas atingiam judeus e alemães. Certamente para impedir fraudes à lei, também era crime um judeu empregar mulher ariana com menos de 45 anos (§§ 3 e 5 III).

A edição de todas essas leis penais acontecia, todavia, paralelamente aos trabalhos mais gerais de preparação de um novo Código Penal. **Asúa** afirmava que os nazistas julgavam muito importante editar um novo Código Penal, inteiramente adequado à sua ideologia.⁴⁰ Já no verão europeu de 1933, começariam os trabalhos de reforma, levando a um projeto que, junto com um ensaio do ministro da Justiça prussiano **Hans Kerl** (o *Denkschrift* "Nationalsozialistisches Strafrecht", uma espécie de esqueleto do que deveria ser o novo CP), seria o material de trabalho da comissão que seria instituída, em 3/11/1933, sob a Presidência de **Franz Gürtner**. Dessa comissão faziam parte, além de **Gürtner** e de **Kerl**, dois secretários do Ministério da Justiça (**Roland Freisler** e **Franz Schlegelberger**), vários professores (**Eduard Kohlrausch**, **Johannes Nagler**, **Georg Dahm**, **Edmund Mezger**, **Graf Gleispach**, entre outros) e cinco representantes da prática jurídica, principalmente magistrados (entre outros, **Reimer**, **Klee**, **Grau**, **Leimer**, **Lorenz** e **Graf von der Goltz**).⁴¹ Dos trabalhos dessa comissão surgiria o projeto de Código Penal de 1936, que, em 1º de dezembro daquele ano, seria remetido a **Hitler**.⁴²

IV. As diretrizes criminológicas e político-criminais nazistas, e o projeto de Código Penal alemão de 1936

A perquirição das bases ideológicas do nazismo servirá para aclarar as funções que o sistema penal nazista exerceu. Essas funções seriam, evidentemente, sistematizadas no projeto de Código Penal de 1936. A compreensão da política criminal subjacente ao projeto de CP passa, necessariamente, pelo entendimento da importância que os conceitos de *sangue* (*Blut*), de *raça* (*Rasse*), de *comunidade do povo* (*Volksgemeinschaft*), e de *lealdade* (*Treu*) tinham no âmbito da ideologia nazista.

Basicamente, somente aqueles que tivessem sangue ariano eram membros da raça ariana, dita superior. E só os membros da raça ariana eram considerados membros da comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*). Aqueles que não pertenciam à raça ariana eram considerados socialmente nocivos. **Karl Larenz**, "um dos mais importantes teóricos nazistas em direito civil",⁴³ escreveria, em 1935, que não é apenas por ser pessoa ou por ser dotado de razão geral abstrata que se tem direitos e obrigações e a possibilidade de estabelecer relações jurídicas, mas sim por ser membro de uma comunidade, a comunidade do povo. Somente como membro da comunidade do povo é que alguém tem honra, que merece atenção como membro do direito (ou sujeito de direito). "Só é sujeito de direito quem é membro da comunidade do povo, e só é membro da comunidade do povo quem tem sangue alemão". **Larenz** diz que "essa frase [a anterior] poderia ser colocada no lugar da capacidade jurídica de 'toda pessoa', enunciada no § 1 do Código Civil alemão, no pico de nossa ordem jurídica", e arremata "quem está fora da comunidade do povo, também não está dentro do direito, e não é um sujeito de direito".⁴⁴ A comunidade do povo era um organismo de essência de mesma espécie (finalmente, de mesma raça).⁴⁵

Georg Dahm considerava que o conceito de comunidade deveria condicionar a ciência penal em sua totalidade; crime e pena obtêm seu sentido a partir da comunidade.⁴⁶ **Gallas** ensinava que a essência do crime é sua contrariedade à comunidade (*Gemeinschaftswidrigkeit*)⁴⁷; nessa lição, **Werle** vê o ponto central que congregava todas as teorias que pretendia exprimir o conceito material de crime na época nazista: crime como violação de dever (**Schaffstein**), como traição (**Dahm**) ou como expressão de uma atitude interna vil (**Marxen**). **Mezger** também dizia que “certamente o crime é violação pessoal de dever”.⁴⁸

A comunidade (*Volksgemeinschaft*) se funda na coesão interna de seus membros. Os direitos e obrigações dos membros devem ser entendidos e condicionados à ligação com a comunidade. Toda a comunidade se funda na lealdade (*Treu*) e na utilidade pessoal do companheiro.⁴⁹ A ideologia nazista não considerava o homem como indivíduo, mas apenas como companheiro do povo (*Volks-genossen*), como membro da comunidade concreta (*konkrete Gemeinschaft*).⁵⁰ Isto levava a que os direitos individuais liberais fossem profundamente restringidos e as obrigações estendidas, sempre em prol da comunidade. Ao liberalismo foi contraposto um pensamento autoritário de direito penal. A proteção da comunidade era o interesse primordial, que sobrepujava todos os direitos individuais.

O conceito de lealdade (*Treu*) à comunidade era de vital importância para a política criminal nazista; o direito penal protege a vida da comunidade e repele a violação da lealdade ao próprio povo.⁵¹ A criminalidade era um indicador de que o membro respectivo da comunidade do povo foi excluído da espécie. Pelo delito, o agente saíria da comunidade; o pertencimento à comunidade (uma relação viva e pessoal entre homens de mesma raça e atitude interna) seria quebrado pelo crime. A natureza do crime estaria, antes, na culpa, na degeneração da vontade e personalidade como um todo, na consciente renúncia dos imputáveis contra a lei vital da comunidade. **Dahm** afirma que esse é o pensamento básico do novo direito penal da vontade, tal como o *Denkschrift* prussiano o desenvolve e como a comissão de Direito Penal adotou no projeto de 1936.⁵² Assim, entende-se a afirmação de **Vormbaum** de que o objetivo primário da política criminal e do direito penal nazistas não deveria ser reagir a fatos, mas sim erradicar, da comunidade, elementos perigosos para a comunidade.⁵³

Este tipo de consideração leva a várias premissas na esfera político-criminal: (i) a mera violação do dever para com a comunidade prevalece sobre a violação de bem jurídico, assumindo a condição de substrato material do crime; (ii) o fato criminoso, como tal, é irrelevante, sendo significativo apenas como sinal da personalidade e da atitude interna do agente, descaracterizando o conceito de culpabilidade e privilegiando a periculosidade; (iii) se se quer determinar atitudes internas nocivas, então é disfuncional uma descrição formal de condutas socialmente nocivas, fazendo com que o princípio da legalidade feneça; (iv) o direito penal cambia, de um direito penal do ato (*Tatstrafrecht*) para um direito penal do autor (*Täterstrafrecht*), passando à construção dos tipos a privilegiar aspectos da personalidade do agente, em detrimento de ações externas; e (v) a vontade criminosa desbanca o resultado como principal fator a ser apenado, sendo privilegiado um direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*). Adiante, veremos quais foram algumas das consequências dessas premissas político-criminais.

V. A parte geral do projeto

A importância dos conceitos de raça e de comunidade do povo para a ideologia nazista deixa marcas claríssimas na parte geral do projeto. A primeira prova disto está em que o **são sentimento do povo alemão** (*gesundes Volksempfindem*) tinha funções claramente normativas e interpretativas: era fonte do direito e era o parâmetro para definir o conteúdo e a aplicação do direito penal.⁵⁴ O legislador não cria o direito, apenas o publica; o povo era a fonte do direito.⁵⁵ O projeto pressupunha o sólido enraizamento do juiz na visão básica nazista da comunidade do povo. Na prática, impunha-se que o juiz interpretasse a lei penal de acordo com a vontade da condução do povo, que não se expressava apenas na lei, mas também continuamente em outras manifestações.⁵⁶ O § 2 do Projeto dizia isto com clareza assustadora: “*Guia da aplicação do direito são os anúncios do Führer. Toda*

lei penal deve ser interpretada de acordo com o seu pensamento básico".⁵⁷ Dahm dizia, em 1935, que, na comunidade do povo, a lei ganha um novo significado: nela se expressa a vontade formativa do Führer, que deve proteger a unidade do pensamento jurídico alemão global ante o crescimento acelerado de formações concretas da comunidade. A lei não é mais a letra morta, mas, por si, a expressão de um pensamento da comunidade do sangue alemão.⁵⁸ A segurança jurídica deveria defluir da unitária visão de mundo nazista, que definiria, por publicações do Führer e das exigências básicas do partido, o *são sentimento do povo*.⁵⁹

O *são sentimento do povo alemão* ainda era expressamente invocado em vários outros dispositivos: constitui parâmetro para permitir analogia em matéria penal (§ 1), funda a cláusula de equivalência entre ação e omissão (§ 13), disciplina o erro de direito (§ 15, 3), é determinante para estabelecer os limites da legítima defesa e do estado de necessidade (§§ 23 e 24), e até regula alguns casos de extraterritorialidade da lei penal (§ 81).⁶⁰ Peters atribuía ao "*são sentimento do povo*" duas funções no direito penal nazista: *função de controle* e *função constitutiva*. No primeiro caso, o "*são sentimento do povo*" controlava a interpretação: um resultado interpretativo da lei só era correto se ele não estivesse em contradição com o "*são sentimento do povo*"; no segundo caso, a decisão judicial podia se fundar não só na lei, mas também, de modo determinante, apenas no "*são sentimento do povo*".⁶¹

O *princípio da legalidade* era visto como um estorvo oriundo do pensamento individualista e liberal, como um indevido obstáculo à justiça material. Em verdade, o pouco respeito ao princípio da legalidade já aparecia em Binding (morto em 1920), que, embora não ousasse descartá-lo, entendia que o princípio era politicamente inconveniente. Os projetos anteriores, até 1933, jamais se afastaram do princípio da legalidade; mas, em 1936, o princípio da legalidade já estava liquidado na Alemanha, principalmente por duas leis extravagantes: (i) a *lex van der Lubbe*, já citada, que permitia a retroatividade da lei penal; e (ii) a lei de 28/6/1935, que havia alterado o § 2 do CP alemão, permitindo analogia, com base no *são sentimento do povo alemão*. Assim, o § 1 do Proj. CP 1936 expressamente permitia analogia em matéria penal e não trazia a proibição de retroatividade da lei penal (que constava de todos os projetos anteriores).⁶² À tradicional *nulla poena sine lege* os nazistas opunham nova regra: a *nullum crimen sine poena*. Nenhuma conduta merecedora de pena podia ficar impune pelo mero detalhe de que a lei não a previa expressamente; isto violaria a verdadeira justiça, cuja realização seria a nova elevada tarefa do direito penal.⁶³

O "*são sentimento do povo alemão*" também era usado como fundamento para estabelecer que uma *omissão* equivalia a uma ação. O § 13 estabelecia que "*quem, com violação de dever, omite-se de agir, é apenado como seria um agente ativo, quando ele, de acordo com o são sentimento do povo, seja responsável como autor ou partícipe*". Ou seja, o "*são sentimento do povo*" criava a posição de garantidor, permitindo a punição a título de crime comissivo por omissão. Schaffstein asseverava que o dever a que se referia este parágrafo poderia ser "*um dever que resulta da ordem moral do povo, mesmo que este dever não encontre guarida no direito positivo. A anterior contraposição entre dever jurídico e dever moral, que só é possível no âmbito de uma concepção jurídica positivista, perdeu seu sentido no estado nacional-socialista. Hoje ela deve ser abandonada em toda parte, e também na teoria jurídico-penal da omissão*".⁶⁴ E, a seguir, ele exemplificava que uma madrasta ou uma tia também poderia responder por homicídio por omissão, se deixasse morrer de fome a enteada ou a sobrinha, conforme o caso. Fica evidente que a punibilidade a título de omissão era enormemente estendida.

A *antijuridicidade* era conceituada materialmente pelos juristas nazistas. Coube a Franz v. Liszt a primeira distinção entre antijuridicidade formal e material, sob influência de Ihering: formalmente, antijurídica seria a ação que viola a norma do Estado, ou seja, a proibição ou comando estabelecido pela norma jurídica; materialmente antijurídica seria a ação que representa uma conduta socialmente danosa. Mas v. Liszt asseverava que a antijuridicidade formal limitava a antijuridicidade material, não havendo antijuridicidade fora da lei formal. Os juristas nazistas se apropriaram e perverteram o conceito de v. Liszt: eles consideravam que a antijuridicidade material estava na *danosidade ao povo*, que era fixada, é claro, com o apelo ao *são sentimento do povo*;

ademais, a antijuridicidade material prevalecia sobre a antijuridicidade formal, havendo, portanto, antijuridicidade fora da lei formal. Assim, o *são sentimento do povo* quanto ao justo e ao injusto era o parâmetro da antijuridicidade. O *são sentimento do povo* alemão também deveria ter o papel que a doutrina liberal dava à ponderação de interesses.⁶⁵ Por todos esses motivos, o Projeto de CP invocava precisamente o “*são sentimento do povo*” para limitar as causas de exclusão da antijuridicidade. A **legítima defesa** era assim definida: “*legítima defesa é a defesa que, de acordo com o são sentimento do povo, seja necessária, e que seja exercida para repelir, de si ou de outrem, uma agressão injusta e atual*” (§ 23); já a definição de **estado de necessidade** era a seguinte: “*Atua em estado de necessidade quem comete um fato ameaçado com pena para repelir, de si ou de outrem, um perigo de um dano considerável, de outro modo inevitável, quando, de acordo com o são sentimento do povo, ele ou a outra pessoa em perigo tenha um direito de evitar o dano, ou a ele não se possa, por sua conduta, reprovar*” (§ 24). Em casos de excesso, o juiz podia isentar ou atenuar a pena, e não podia impor prisão perpétua nem pena de morte.

Na mesma toada, os **âmbitos do dolo, da culpa e do erro de direito** também tinham sua aplicabilidade condicionada ao conceito de *são sentimento do povo*. Embora não se invocasse expressamente o *são sentimento do povo* na conceituação de dolo, a circunstância de a consciência da ilicitude integrar o dolo tornava-o relevante para decidir o âmbito do dolo e, no que tangia a este, também o âmbito da culpa. O § 15, 1 estabelecia que “*age dolosamente quem comete o fato com conhecimento e vontade, e com a consciência de infringir uma lei ou, de outra maneira, de praticar um injusto*”, conceituando o dolo direto; já o § 15, 2 definia o dolo eventual: “*também age dolosamente quem, até tome como possível, mas se conforme, com a infringência de uma lei ou, de outro modo, com a prática de um injusto. Isto não basta, quando a lei só ameace com pena a conduta com intenção.*” Como a consciência da ilicitude ainda era considerada integrante do dolo, o erro de direito era regulado em um item do parágrafo em que aparecia o conceito de dolo. Não se admite o erro se o agente alega que “*o seu fato não viola uma lei e que ele não realiza um ilícito, quando este erro se funde em um conceito que seja incompatível com o são sentimento do povo sobre o justo e o injusto*” (§ 15, 3). A **culpa** era assim definida, por exclusão quanto ao dolo: “*age culposamente quem realiza não dolosamente, mas com violação de dever, o tipo de uma lei penal, e, também com violação de dever, não reconhece que, com isso, infringe uma lei ou, de outro modo, pratica um injusto*” (§ 16, 1). “*Também age culposamente quem pratica o fato com conhecimento e vontade, mas, com violação de dever, não reconhece que infringe uma lei ou, de outra maneira, pratica um injusto. Se a conduta culposa não for ameaçada com pena, pode o juiz, não obstante, impor pena, de acordo com livre discricionariedade; todavia, não se permite que o tipo e a medida da pena sejam mais graves do que aquela cominada à prática dolosa do fato*” (§ 16, 2). Ou seja, o Projeto estabelecia um *crimen culpae*, ao permitir que o juiz criasse modalidades culposas não previstas em lei.

A **incapacidade de culpabilidade** era absoluta para os menores de 14 anos de idade (§ 20, 1), para os surdos-mudos (§ 21) e também para os portadores de perturbação mórbida da atividade mental, de deficiência mental ou de perturbação da consciência (§ 19). Aqueles que estivessem na faixa etária de 14 a 18 anos eram considerados, em regra, capazes de culpa, salvo se ficasse demonstrada a incapacidade de entender a ilicitude (§ 20, 2); ou seja, era uma presunção relativa contra o réu. Os incapazes estavam submetidos, “*para proteção da comunidade do povo*”, a medidas de segurança (§ 18), que adiante veremos. No caso de capacidade diminuída de culpa, aplicava-se pena e medida de segurança (§ 22, 1); a embriaguez decorrente, no mínimo, de culpa não podia levar à diminuição de pena (§ 22, 2).

O projeto permite a imposição de penas idênticas para o crime consumado e para o crime **tentado**, sob o conceito de empreitada (*Unternehmen*): “*empreende um fato punível quem o inicia*” (§ 8). Essa é uma consequência clara de um direito penal voluntarista (típico da Escola de Kiel), que censura em virtude da mera manifestação de vontade, independentemente de, no caso concreto, ter havido dano ao bem jurídico. Começo do fato é toda conduta que se dirija, ainda que apenas de acordo com a representação do agente quanto aos fatos, imediatamente à realização do tipo (§ 7, 2).

No que toca ao **concurso de pessoas**, o projeto também trazia disposições duras. Apenas o cúmplice podia ter pena atenuada (§ 4). A instigação e a cumplicidade, ainda que sem êxito (§ 9), e até a mera oferta ou acordo para cometer um fato criminoso (§§ 11 e 12), podiam ser apenados, desde que se relacionassem a fato punido com pena de morte ou com pena de reclusão; ou seja, nesses casos, afastava-se a acessoriedade da participação.⁶⁶

O **sistema de penas** era duríssimo. **Dahm** sustentava que os conceitos de pena (*Strafe*) e de comunidade (*Volksgemeinschaft*) tinham ligação estreita: a pena “*expressa que o criminoso não mais pertence à comunidade, que sua honra está anulada ou diminuída*”. E mais: “*a pena que corresponde à natureza da comunidade é a pena infamante (Ehrenstrafe), pois a honra representa o valor do companheiro na comunidade e para a comunidade*”; por isso, “*a pena deve ser, portanto, aplicada de modo a demonstrar nitidamente o grau de diminuição da honra*”.⁶⁷ **Freisler** chegava a dizer que a honra é o mais alto bem do alemão.⁶⁸ A pena de morte, a prisão perpétua, a prisão por tempo determinado eram, assim, todas vistas como formas de expressão de penas infamantes.

A pena de **morte**, largamente cominada, era executada por decapitação (§ 25), em quarto fechado; não havia execução pública. A pena de **reclusão** (*Zuchthaus*) era de, no máximo, 15 anos (e mínimo de 1 ano), quando não se previa prisão perpétua⁶⁹; o condenado à reclusão perdia a cidadania, honras, ordens, distinções, títulos e cargos públicos (além da capacidade de detê-los), era excluído do serviço de trabalho do *Reich*, e não podia portar arma. Nos primeiros seis meses, a pena tinha que ser mais rígida. A pena era medida em anos e meses inteiros (§ 26). A pena de **detenção** (*Gefängnis*) podia ser aplicada entre 2 meses e 10 anos, e podia ser medida em dias, semanas, meses e anos. Previa-se perda de cargo público, se a pena imposta era igual ou maior do que um ano ou, qualquer que fosse a pena, se a condenação fosse por traição ao povo (*Volksverrat*). Nos três meses iniciais, a pena era mais rígida (§ 27). Se o crime mostrasse especial animosidade contra o povo, brutalidade, malícia ou depravação do agente, o juiz podia mandar que o condenado a *Zuchthaus* ou a *Gefängnis* ficasse a pão e água, em cama dura e cela com mínima iluminação, durante todo o tempo ou parte da pena (§ 28).⁷⁰

Previam-se, ainda, outras modalidades de privação de liberdade: **prisão simples** (*Haft*, § 29), que não previa perda de honrarias, e **custódia** (*Festungshaft*, § 30), que podia ser determinada, no lugar das anteriores, se o agente tivesse agido por motivos honrados e não tivesse atuado contra a honra e o bem-estar do povo alemão, além de a sua personalidade ter de mostrar ser adequada à medida.

No caso de pena de morte ou de reclusão, o juiz ainda podia declarar a **desonra do condenado** (§ 31), que representava proibição de ser construtor, diretor de um serviço, fabricante autônomo, de estender as bandeiras ou exibir as cores do *Reich*, e perda de pátrio poder, da possibilidade de ser tutor, curador, testemunha de casamento, e outros impedimentos (§ 32). Quem recebesse pena de detenção superior a seis meses podia ser declarado incapaz de ocupar cargo público por até 10 anos (§ 33).

Ainda se previa a possibilidade de uma pena de **estigmatização pública** (§ 37), que cabia ao juiz determinar, inclusive no que toca ao alcance, à forma e ao local da sua publicização. O juiz também podia determinar, nos mesmos moldes, uma **satisfação pública à vítima** (§ 38).

Também eram previstas **penas patrimoniais**, que consistiam em confisco patrimonial em favor do *Reich* (§ 40), em pena de multa (§ 41) ou em perda de objetos (§ 47). A pena de multa era cumulativa à prisão e era possível se o fato fosse praticado com intenção de enriquecimento; a fixação era em dias-multa (sem limite máximo) e o pagamento podia ser parcelado (§§ 41 e 42). Se o agente não pagasse a multa, devia cumprir os correspondentes dias-multa na mesma espécie de prisão a que tivesse sido condenado (§ 46). Em caso de pena de prisão simples (*Haft*) até 3 meses, o juiz podia impor pena de multa (com limite de 90 dias-multa), desde que a atitude interna do agente não exigisse a imposição de uma pena privativa de liberdade (§ 43); se o condenado não pudesse pagar essa multa substitutiva, o funcionário da execução podia, havendo requerimento do condenado, deferir o cumprimento de trabalho livre, se o condenado fosse valoroso (§ 44); mas, se o condenado não trabalhasse, era preso (§ 45).

É interessante examinar os critérios do Projeto para a **aplicação da pena**. O § 48, 1 estabelecia que “o juiz deve valorar a personalidade do agente, sua condução de vida, sua posição e aptidão na comunidade do povo, e quantificar sua pena, de acordo com o que corresponda à justa exigência de retribuição e à necessidade de proteção do povo”. E o item 2 completava: “devem ser especialmente consideradas a culpa do agente e a medida de sua violação ao dever; nos delitos dolosos a intensidade de sua vontade criminosa e nos delitos culposos o grau de levandade ou de indiferença.”

As circunstâncias do fato, em si, não importam, só sendo consideradas como sintomas da personalidade do agente, da intensidade do dolo ou do grau de culpa, ou da medida de violação ao dever. Somente nestes termos é que a extensão do dano ou da periclitación ao bem jurídico pode ter relevância para a aplicação de pena, e não em si mesma. **Mezger** dizia que, “para o direito penal da vontade, o ponto de partida e o fundamento da pena não é tanto a violação de bens jurídicos, mas sim a violação pessoal de dever na conduta criminosa”.⁷¹ E a fundamentação do projeto mencionava que o “juízo sobre o fato se torna dependente do conteúdo de injusto presente na vontade do agente e da valoração de toda a sua personalidade”.⁷²

Podiam ser considerados **criminosos habituais** aqueles que recebessem uma terceira condenação por crime doloso, desde que uma valoração do conjunto da personalidade do agente e de seus crimes indicasse ser adequada essa consideração (§ 49). Nessa hipótese, impunha-se sempre pena de reclusão, desde que, para o terceiro fato, não se previsse pena mais grave. E pior: o juiz podia até prescindir das duas condenações anteriores, bastando a prática de três crimes (§ 49, 2). Permitia a prescrição da condenação ou crime antecedente, em cinco anos.

Permitia-se **sursis** em alcance muito limitado: apenas para penas de detenção ou prisão simples de até um mês ou para penas de multa de até 30 dias-multa. Para a concessão, tinha que ficar provado que o agente iria seguir uma vida ordeira e que o bem público não exigia imposição da pena (§ 61). O período de prova podia ser fixado entre um e três anos.

Seguia-se um capítulo extenso (§§ 64 a 79) que tratava das **medidas de segurança**, que eram as seguintes: custódia de segurança, internação em casa de trabalho ou asilo, internação em estabelecimento médico ou de tratamento, internação em estabelecimento de tratamento de ébrios, emasculação, proibição de trabalhar, e confisco e inutilização de coisas (§ 64).

A medida de segurança mais representativa do nazismo era, sem dúvida, a emasculação (ou castração), por estar ligada também a fins eugênicos e raciais. “Se a segurança pública exigisse”, a **emasculação** podia ser imposta a homem maior de 21 anos que pudesse ser considerado autor perigoso de crimes contra os costumes. A periculosidade se estabelecia “de acordo com a valoração geral da personalidade e de seus crimes” (certamente aqui entravam os componentes eugênicos e raciais) (§ 73). Em verdade, em 1936, esta medida de segurança já existia (pois a lei de 24/11/1933 havia inserido um § 42k ao CP vigente), mas se impunha apenas junto com uma pena; no projeto, permitia-se também a imposição autônoma, quanto a inimputáveis (§ 74).

Os dispositivos relativos à **validade temporal, pessoal e espacial da lei penal** compunham o penúltimo capítulo da parte geral. O § 80, 1, dizia que “punibilidade e pena se determinam de acordo com o direito vigente ao tempo do fato”, o que só aparentemente representava apego ao princípio da irretroatividade da lei penal; o exame dos projetos até 1933 mostra que era suprimida a disposição expressa que impedia a retroatividade; ademais, vários são os exemplos de leis pontuais em que a retroatividade era estabelecida. A lei permitia, mas não impunha, que a **abolitio criminis** extinguisse a pena e que fosse considerada lei nova mais benéfica (§ 80, 2 e 3). Em substituição ao princípio da territorialidade, o projeto dava primazia ao princípio da personalidade,⁷³ dizendo que o cidadão alemão, onde quer que esteja, está submetido às leis alemãs (§ 81); quanto a fatos cometidos por alemães no exterior, o direito alemão podia deixar de ter validade, se o fato não fosse punido no exterior e se constituísse, de acordo com o seu sentimento do povo alemão, fato não merecedor de pena (§ 81, 2).

O último capítulo trazia definições de termos usados no projeto. Ali conceituavam-se, por exemplo, violência (*Gewalt*, cf. § 88, 2) e ameaça (*Drohung*, § 88, 1), “no sentido desta lei”. Dizia-se

explicitamente que constituía violência o uso nãoautorizado de hipnose ou de meios entorpecentes ou inebriantes contra alguém, para levar à inconsciência ou à incapacidade de resistência, o que era uma extensão intolerável. Também era inadmissível o conceito de ameaça, que constituía ameaça de emprego de violência (já com conceito estendido), ou ameaça de um mal sensível e contrário aos bons costumes.

VI. A parte especial do projeto

Freisler apontava, significativamente, que a parte especial do projeto não tinha pretensões de perfeição, nem de exclusividade, pois a segunda fonte de conhecimento do direito (o são sentimento do povo) podia permitir a condenação judicial de um agente (mas o juiz devia consultar os tipos para (i) examinar se havia, subjacente a algum deles, a ideia básica que mostraria a exigência de punição, por analogia, daquela outra conduta não expressamente prevista e (ii) para decidir a que tipo penal aquela conduta não expressamente prevista melhor se equipararia).⁷⁴ Em todo caso (e até pela necessidade de consulta do juiz), a parte especial foi sistematizada sob o influxo da ideologia nazista (destacando-se os conceitos de comunidade do povo [*Volksgemeinschaft*], de raça [*Rasse*] e de lealdade [*Treu*]), o que levaria a classificações específicas e à criação de novos tipos penais, adequados a esses valores.

A parte especial (§§ 89 a 483),⁷⁵ por sua vez, estava dividida em cinco grupos assim nomeados: (i) proteção do povo (*Schutz des Volkes*); (ii) proteção da energia do povo (*Schutz der Volkskraft*): que se subdividia em “ataques à energia vital do povo”, “ataques à atitude moral e mental do povo” e “ataques à economia e ao bem popular”; (iii) proteção à ordem popular (*Schutz der Volkordnung*): que se subdividia em “ataques à condução do povo”, “ataques à ordem pública” e “ataques à ordem jurídica”; (iv) proteção da personalidade (*Schutz der Persönlichkeit*), onde estavam os crimes contra a vida, as lesões corporais, crimes contra a honra, contra a liberdade pessoal, de ataques contra obras intelectuais e de violação de segredo epistolar; e (v) “egoísmo punível” (*Strafbarer Eigenmutz*): onde estavam os crimes contra o patrimônio. A proteção do povo, em todos os seus aspectos, estava no topo da parte especial, que nem sequer usava o termo indivíduo.

Dahm sustentava que, como toda comunidade se funda na lealdade e na utilidade pessoal do companheiro, o arquétipo de criminoso, no direito penal da comunidade, é o traidor.⁷⁶ Compreende-se, portanto, que a Parte Especial se inicie com os delitos de traição ao povo (*Volksverrat*), que compreendiam a alta traição (*Hochverrat*, §§ 89 a 98) e a traição à pátria (*Landesverrat*, §§ 99 a 119). O § 90 criminalizava, com pena de morte e perda da honra, a tentativa de agitar, por violência ou ameaça de violência, a vida do povo alemão em seus fundamentos. Com isso, quer-se mostrar que a alta traição podia se tratar de uma violação contra a ordem vital interna do povo alemão, tal como os nazistas a entendiam e a praticavam, e não de uma violação do aparato externo estatal. Para o projeto de 1936, o povo, como unidade vital orgânica, era ponto de partida para a consideração do próprio Estado.⁷⁷ A divulgação culposa de um escrito de alta traição também era criminalizada (§ 96). O incentivo ao bolchevismo (§ 98), cometido por alemão no estrangeiro, também era crime.

Os dispositivos que criminalizavam **ataques à raça** estavam no topo do segundo grupo da parte especial, abrindo a parte denominada “ataques à energia vital do povo” (§ 133 e seguintes). Dahm sustentava que “*comete traição não apenas aquele que periclita o poder externo do estado, mas também e primeiramente, aquele que destrói os fundamentos internos da comunidade*”; “*é a traição à raça (Rasseverrat) uma traição ao povo (Volksverrat), porque ele abala os fundamentos sanguíneos da comunidade*”.⁷⁸ A lei de proteção ao sangue e à honra alemães, editada em 15/9/1935, já criminalizava os ataques à raça, mas, dada a centralidade desses “valores” para a ideologia nazista, é evidente que um projeto de Código Penal faria referência, em posição de destaque, a essas condutas. Puniam-se o casamento e as relações sexuais extramatrimoniais que os dispositivos de proteção ao sangue e à honra alemães vedavam (que eram fundamentalmente essas condutas entre alemães e judeus). Também se criminalizava a conduta de criticar ou de incitar contra as medidas raciais estatais (§ 136).

É interessante notar que muitos delitos que, pela concepção liberal, eram vistos como violações a direitos individuais (tais como vida, patrimônio ou liberdade individual) eram reclassificados como ataques à comunidade do povo, até porque as pessoas eram protegidas como membros da comunidade (e não como indivíduos). O delito de **aborto**, p. ex., estava previsto entre os delitos de “ataque à raça e à herança” (§ 140) (e não em um capítulo de delitos contra a vida ou contra a vida em formação). A **extorsão mediante sequestro de criança** (*Erpresserischer Kindesraub*, § 193), punida com a morte, era criminalizada como um ataque à atitude mental e moral do povo, especificamente no capítulo dos ataques ao casamento e à família (e não em um capítulo de crimes contra o patrimônio ou contra a liberdade individual).⁷⁹

Os interesses militaristas também eram ciosamente tutelados, com a criminalização de **ataques à força militar**. Aqui, o projeto complementava o CP militar, aplicando-se a civis. Não se limitava à proteção do poder militar; queria-se tutelar o espírito militar do povo alemão.⁸⁰ Era criminalizada, p. ex., a **corrupção da vontade militar popular** (§ 144), que consistia em estimular a negativa ao serviço militar. A **incitação à indisciplina** (§ 146), várias espécies de **deserção** (§§ 147, 149, 150 e 151) e o **dano a meios de defesa** (§ 154), entre outros, também eram punidos.

Também se criminalizavam “**ataques à força de trabalho**” (§§ 159 a 178). À luta contra o comunismo ligava-se a negação das contradições de classe. O povo era uma grande comunidade e o inimigo era apenas o judeu. Em 1933, os sindicatos de patrões e de empregados foram abolidos, e unidos em um *front* alemão de trabalho.⁸¹ O trabalho era visto como um dever para com a comunidade; “*quem, por razões imorais, se furta ao dever de trabalho ou paralisa a vontade de trabalho de outros, causa dano à força de trabalho nacional*”.⁸² Era nessa perspectiva que se puniam a corrupção da vontade popular de trabalho (§ 159), a violação de um dever de trabalho (§161), o *lock-out* (§ 162), o incentivo à greve (§ 163), o constrangimento ilegal de não grevistas (§ 164), e várias outras condutas. A **ociosidade** e a **mendicância** também eram, evidentemente, criminalizadas (§§ 342 a 345).

Entre os crimes considerados **ataques à atitude mental e moral do povo** estavam os ataques ao casamento e à família (§§ 188 a 198). Ali estavam, além da extorsão mediante sequestro de criança já citada, vários outros delitos: o capítulo era iniciado por um curioso delito de “desprezo ao casamento e à maternidade” (§ 188), que punia quem se manifestasse contra essas instituições; seguiam-se delitos de bigamia (*Doppelehe*, § 189), facilitação de casamento nulo (§ 190), fraude para casamento (§ 191), adultério (*Ehebruch*, § 192) e outros.⁸³

Eram criminalizados como “**ataques à moralidade**” vários tipos de estupro (§§ 199 a 204), corrupção de menores (§ 208), incesto (§ 213), relações sexuais entre afins (§ 214), homossexualismo masculino (§§ 215 e 216), bestialismo (§ 217), ato obsceno (§ 218), escrito obsceno (§ 219), mediação para satisfazer a lascívia de outrem (§ 223), tráfico de crianças e de mulheres (§ 227), rufianismo (§ 228), entre outros. A demonstrar o espírito do tempo, **Gleispach** dizia que, embora este capítulo contivesse primeiramente ataques a pessoas isoladas, o importante, também nesses tipos, é o ataque à ordem moral popular, a periclitación da correta atitude moral do povo. A “revolução nazista” devia fortalecer essa atitude moral do povo, incrementando as penas.⁸⁴ Além das penas impostas, podia ser aplicada medida de segurança de *Sicherungsverwahrung* (custódia de segurança), se o autor dos crimes fosse um degenerado (§ 229).

Seguiam-se os delitos de **ataques à religião** (§§ 230 a 233) e à **paz dos mortos** (§§ 235 e 236), bem como a **proteção aos animais** (§§ 236 a 239). Em seguida vinham os delitos de **ataques à economia** (§§ 240 a 263), onde estão previstos delitos de “*periclitación de necessidades vitais do povo*” (§ 240), de “*violação de sigilo econômico*” (§ 241), “*abuso de posição diretiva em organização econômica*” (§ 242), “*perturbação de medidas econômicas regulatórias*” (§ 243), e outros. No capítulo seguinte estavam os delitos de **ataques ao bem popular** (§§ 264 a 273), onde eram previstos, fundamentalmente, crimes ambientais. Nos §§ 276 a 281 eram previstos os delitos de perturbação de relação com Estados ou chefes de Estado estrangeiros, e nos §§ 282 a 286 estavam os **delitos eleitorais**. Nos §§ 295 a 303 estão os delitos contra a paz pública. Nos §§ 304 a 321, eram regulados os delitos de incêndio e outras ações perigosas.

No capítulo de “**ataques à ordem jurídica**” estavam, p. ex., os delitos de zombaria à justiça do Reich (§ 346), que, no limite, impedia críticas à atividade judiciária; de desacato (§ 348); de falseamento ou aniquilação de provas (§§ 349 e 350); de favorecimento real (§ 352) e pessoal (§ 353); de denúncia caluniosa (§ 356); de patrocínio infiel (§358), entre outros. Punia-se, ainda, o ato de, tendo ciência de que certos crimes eram planejados, não denunciá-los a órgãos estatais ou à vítima (§ 351); ou seja, a delação se tornava dever cujo descumprimento era crime. A fuga de local de acidente também era aqui punida (§ 355).

O projeto de CP anteciparia a diferenciação de **delitos de homicídio** (*Mord*, assassinato, e *Totschlag*, homicídio), que só aparece, em termos quase iguais, na legislação alemã em 1941. Era considerado *Morder* (assassino) quem matasse alguém por motivos abjetos, por meios insidiosos, cruéis ou geradores de perigo comum, ou para possibilitar a prática de outro crime. A pena era a de morte; em casos excepcionais, prisão perpétua (§ 405). O crime de *Totschlag* era definido por exclusão ao de *Mord* (§ 406). A legitimidade dessa diferenciação foi muito discutida no pós-Guerra, mas ela permanece até hoje. Punia-se autonomamente a prática de atos preparatórios de *Mord* ou de *Totschlag* (§ 409), e o induzimento a suicídio (§ 410). O homicídio a pedido tinha pena bem mais leve (§ 408); e a omissão de socorro também estava aqui criminalizada (§ 412).

As **lesões corporais** eram criminalizadas nos §§ 413 a 420. Nas lesões corporais leves, só ocorria punição na modalidade consumada, e o juiz podia isentar de pena se o agente se deixou levar à prática do crime por excitação legítima causada por comportamento anterior da vítima (§ 413).⁸⁵ Neste título havia um delito curioso, que criminalizava o ato de, sem autorização, hipnotizar ou entorpecer outrem (§ 416). A rixa estava no § 418. Intervenções e tratamentos praticados por médico consciencioso não constituíam lesão corporal (§ 419), mas podiam configurar delito de tratamento não autorizado (§ 431), que era ataque à liberdade pessoal. Mantinha-se a exclusão de crime pelo consentimento do ofendido que não violasse os bons costumes (§ 420).

Os **crimes contra a honra** estavam no capítulo seguinte (§§ 421 a 429), com destaque para a possibilidade de insultos a coletividades “*que, em virtude de suas tarefas, possuam, de acordo com o seu sentimento do povo, honra*” (§ 424). Entre os **ataques à liberdade pessoal** (§§ 430 a 436), estavam os delitos de constrangimento ilegal (§ 430), tratamento de saúde não autorizado (§ 431), sequestro (§ 432), rapto (§ 433), ameaça (§ 434), e violação de domicílio (§ 435). Depois vinham os delitos de violação de obras intelectuais (§ 437) e de violação de sigilo epistolar (§ 441).

A seguir estava o último grupo da parte especial, que era denominada “egoísmo punível” (*Strafbarer Eigennutz*), §§ 442 a 483. Ali estavam fundamentalmente os crimes contra o patrimônio. **Kohlrausch** noticiava que **Adolf Wach** sugeria que os tipos de furto, apropriação indébita, roubo, extorsão, estelionato e infidelidade fossem fundidos em um só; essa proposta não foi aprovada, ressaltando **Kohlrausch** os perigos da liberdade de discricionariedade do juiz e que “*a construção de tipos é vital*”. E arrematava: “*os tipos do direito penal patrimonial não são apenas invenções de juristas*”, tendo, ao contrário, de possuir base empírica.⁸⁶ Assim, no projeto, estão previstos delitos autônomos de extorsão (§ 442), infidelidade (§ 445), fraude (§ 446, o nosso estelionato), roubo (§ 453), furto (§ 454), apropriação indébita (§ 459), receptação (§ 470) e dano (§ 477). O último capítulo deste último grupo do projeto criminalizava os jogos de azar (§§ 481 a 483), mantendo, fundamentalmente, o direito vigente.

NOTAS

- ¹ Advogado Criminal. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Convidado de Direito Penal da Pós-Graduação de Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).
- ² “Justiça Criminal e Justiça Criminosa”. In: *Revista de Direito Penal*, n.º 32, 1983, republicado em *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1984, p. 99-112.
- ³ Zaffaroni, no prefácio à tradução castelhana, publicada em 2009, do livro *La riforma penale nazionalsozialista*, de Filippo Grisogni e Edmund Mezger, editado originalmente em 1942.
- ⁴ *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: RT, 2007, p. 75 e 87.
- ⁵ *De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. Zaffaroni também vislumbra traços de Direito Penal do Inimigo nessas estratégias punitivas (*O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 14-5).
- ⁶ *Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura*. 2.ª edição. Curitiba: Juruá, 2005, p. 11.
- ⁷ *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 34-5. Geraldine Morguet considera que o sistema penal nazista é um exemplo claro, em que se editou um direito penal especial contra os judeus (*Feindstrafrecht – eine kritische Analyse*. Berlim: Duncker e Humblot, 2009, p. 206-7).
- ⁸ WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 3.ª ed. Munique: Beck, 2006, p. 500.
- ⁹ *Der Begriff des Politischen*, 7.ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2002, p. 26 ss.: “A específica diferenciação política, às quais podem ser reconduzidas as ações e as motivações políticas, é a diferenciação de amigo e inimigo.”
- ¹⁰ *Apud WERLE, Gerhard. Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechenbekämpfung im Dritten Reich*. Berlim, Nova York: de Gruyter, 1989, p. 301.
- ¹¹ Só depois da 2.ª Guerra Mundial é que a Grande Guerra de 1914-1918 passou a ser conhecida como 1.ª Guerra Mundial.
- ¹² WESEL, Uwe. *Geschichte...*, p. 446; SHIRER, William. *Ascensão...*, p. 84-5.
- ¹³ WESEL, Uwe. *Geschichte...*, p. 446.
- ¹⁴ Tal denominação se deve ao fato de ter sido redigido pelo banqueiro norte-americano Charles Gates Dawes (1865-1951), diretor de orçamento da Casa Branca. O plano econômico deu enorme prestígio a Dawes, que foi eleito Vice-Presidente dos EUA no fim de 1924, e agraciado no ano seguinte, precisamente em virtude desse plano, com o Prêmio Nobel da Paz (!).
- ¹⁵ WESEL, *Geschichte...*, p. 493.
- ¹⁶ WESEL, *Geschichte...*, p. 493.
- ¹⁷ SHIRER, *Ascensão...*, p. 259.
- ¹⁸ *Geschichte...*, p. 494.
- ¹⁹ A *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, de 28/3/1933, acabava com a liberdade pessoal, a liberdade de expressão do pensamento (inclusive liberdade de imprensa), o direito de reunião e de associação, a inviolabilidade das comunicações postais, telegráficas e telefônicas. Ordens de buscas domiciliares, confiscos e limitações patrimoniais eram admitidas. Permitia que o Poder Executivo federal tomasse, por decreto, medidas emergenciais para a segurança pública e a ordem, se o governante da *Land* não as tomasse.
- ²⁰ WESEL, *Geschichte...*, p. 495.
- ²¹ Vejamos o trecho de Shirer: “Isto era um crime, um crime comunista, proclamaram tão logo chegaram ao incêndio. Göring, transpirando e bufando, completamente fora de si pela excitação, ali mesmo diante deles, clamava aos céus, como depois recordou Papen, que ‘este é um crime comunista contra o novo governo’. Para o novo chefe da Gestapo, Rudolf Diels, Göring gritava: ‘Isto é o princípio da revolução comunista! Não devemos esperar um minuto. Não teremos piedade. Todo funcionário comunista deve ser morto, onde for encontrado, todo deputado comunista deve nesta mesma noite ser enforcado.’” (*Ascensão...*, p. 263).
- ²² Essa versão parece verossímil, se se lê a anotação de Goebbels em seu diário em 31/1/1933, transcrita por Shirer: “Numa conferência com o Führer estabelecemos a linha para a luta contra o terror vermelho.

Por ora nos absteremos de contramedidas diretas. A tentativa bolchevista devia, primeiro, explodir em chamas. No momento adequado atacaremos” (*Ascensão...*, p. 261). Três dias antes do incêndio, a polícia nazista havia invadido a Karl-Liebknecht Haus, quartel-general comunista, que os líderes comunistas havia abandonado algumas semanas antes: **Göring** faria um comunicado de que teriam sido encontrados “documentos” que mostrariam que os comunistas estariam prestes a desencadear uma revolução (SHIRER, *Ascensão...*, p. 262). **Victor Klemperer** anotaria, com toda a clareza, em seus famosos diários: “Oito dias antes da eleição, aquele episódio grosseiro do incêndio do Reichstag, do parlamento – não consigo imaginar que alguém realmente acredite em autoria comunista, em vez de trabalho encomendado pela SS.” (*Os diários...*, p. 13.)

- ²³ No site http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1495, há um resumo, em inglês, dos apontamentos dessa reunião.
- ²⁴ *Geschichte...*, p. 497.
- ²⁵ WESEL, *Geschichte...*, p. 497.
- ²⁶ WESEL. *Geschichte...*, p. 496.
- ²⁷ **Francisco Munõz Conde** realizou, há pouco tempo, pesquisas bastante minuciosas, que demonstram a íntima ligação de **Mezger** com o regime nazista, chegando a descobrir que o professor visitou campos de concentração (em português, vide *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad. de Paulo Cesar Busato, da 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005). Muito antes, em artigo da década de 1960, **Heleno Fragoso** já havia denunciado a adesão de **Mezger** à ideologia nazista, ressaltando que era “mancha negra na carreira do grande jurista” (“Antijuridicidade”. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 7, nota de rodapé n.º 61).
- ²⁸ WETZELL. *Inventing the criminal...*, p. 179.
- ²⁹ WETZELL, ob. cit., p. 180.
- ³⁰ FRANZ EXNER. *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*. Leipzig: Wiegandt, 1931.
- ³¹ WETZELL, ob. cit., p. 182. Embora, entre 1933 e 1945, a pesquisa criminal-sociológica permaneça possível e seja realizada, ocorre um nítido deslocamento do centro de gravidade para o fator “estabelecimento” e, lá, para componentes biogenéticos; e, além disso, um impulso institucionalizante da biologia criminal na metade dos anos 30.
- ³² *Geschichte...*, p. 507.
- ³³ WERLE, Gerhard. *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechenbekämpfung im Dritten Reich*. Berlin, Nova York: de Gruyter, 1989, p. 72.
- ³⁴ Um decreto de 21/3/1933, editado especificamente para proteger o governo de Hitler e as associações que o apoiavam (o partido nazista e suas seções), apenava atos de portar ou de vestir, sem autorização, um uniforme ou um símbolo dessas associações (§ 1), de praticar, vestindo desautorizadamente um uniforme ou um símbolo, um fato punível (§ 2, 1); se o fato fosse cometido com a intenção de causar revolta, ou medo ou temor na população, ou de preparar dificuldades de política externa para o Reich, a prisão poderia ser perpétua (em casos especialmente graves, cabia pena de morte, cf. § 2, 2). Afastando-se do princípio da territorialidade, então vigente no CP alemão, previa a persecução de fatos praticados, por alemães, no exterior. Outro decreto, de 19/5/1933, criminalizava o uso público de símbolos da história alemã, do estado alemão ou do enobrecimento nacional, de uma maneira apta a violar a dignidade desses símbolos. **Werle** ressalta que, como símbolos do enobrecimento nacional, valiam aqueles do movimento nazista (as imagens e o nome do Führer, a suástica e o hino nazista) (ob. cit., p. 76).
- ³⁵ GÜRTNER, Franz. “Von der Entstehung des nationalsozialistischen Strafrechts. Ein Rückblick”. In: GÜRTNER-FREISLER. *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*. 2.^a ed. Berlin: R. v. Decker, 1936, p. 18.
- ³⁶ MÜLLER, Christian. *Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933*. Göttingen, 2004, p. 279, apud VORMBAUM. *Einführung...*, p. 195.
- ³⁷ WERLE noticia que a *Sicherungsverwahrung* teria aplicação significativa, inclusive retroativa. Já em 1934, ela teria sido imposta em 3.723 casos (*Justiz...*, p. 97).
- ³⁸ Havia várias leis e decretos, já editados pelos nazistas, que tratavam desses delitos. Todavia, no início de 1934, essas leis já eram consideradas lacunosas e pouco severas, sendo a edição de uma nova lei vista como necessária para organizar, complementar e agravar o tratamento desses crimes.

- ³⁹ GÜRTNER, Franz. *Von Entstehung...*, p. 18.
- ⁴⁰ *Tratado...*, p. 311. A multiplicidade de partidos era vista, pelos nazistas, como uma das razões pelas quais não se editou um novo Código Penal durante a República de Weimar. Eles, por isso, se rejubilavam com a unicidade partidária (imposta pela lei, como já vimos), que era o fundamento para a consecução de um grande trabalho de reforma (GÜRTNER. *Von Entstehung...*, p. 19).
- ⁴¹ GÜRTNER, Franz. *Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*. 2.^a ed. Berlin: Franz Vahlen, 1935, p. 5; ASÚA. *Tratado...*, p. 312; VORMBAUM. *Einführung...*, p. 198.
- ⁴² VORMBAUM. *Einführung...*, p. 199.
- ⁴³ KLEE, Ernst. *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*. Frankfurt: Fischer, 2005, p. 358.
- ⁴⁴ LARENZ, Karl. “Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsbegriffe „. In: DAHM *et alii*. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1935, p. 241.
- ⁴⁵ VORMBAUM. *Einführung...*, p. 185.
- ⁴⁶ *Gemeinschaft und Strafrecht*. Hamburgo: Hanseatische, 1935, p. 5-6.
- ⁴⁷ “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung”. In: DAHM *et alii*. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1935, p. 67.
- ⁴⁸ MEZGER, Edmund. *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadens*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1936, p. 40.
- ⁴⁹ DAHM. *Gemeinschaft...*, p. 13.
- ⁵⁰ DAHM. *Gemeinschaft...*, p. 12.
- ⁵¹ FREISLER. *Aufbau und Aufgabe*, p. 50.
- ⁵² DAHM, Georg. *Gemeinschaft und Strafrecht*. Hamburgo: Hanseatische, 1935, p. 11.
- ⁵³ VORMBAUM, T. *Einführung...*, p. 186.
- ⁵⁴ GÜRTNER/FREISLER. *Das neue Strafrecht...*, p. 32.
- ⁵⁵ PETERS, Karl. *Das gesunde Volksempfinden*, p. 338.
- ⁵⁶ WERLE. *Justiz...*, p. 166.
- ⁵⁷ “§ 2. Wegweiser der Rechtsfindung sind die Kundnachungen des Führers. Jedes Strafgesetz is nach seienn Grundgedanken sinngemäss auszulegen.”
- ⁵⁸ *Gemeinschaft...*, p. 17.
- ⁵⁹ WERLE. *Justiz...*, p. 163.
- ⁶⁰ Na conceituação do dolo (§ 15,1), o projeto não fazia menção expressa ao são sentimento do povo, mas, como veremos adiante, o âmbito do dolo também era por ele fixado.
- ⁶¹ PETERS, Karl. *Das gesunde Volksempfinden*, p. 343.
- ⁶² “§ 1. É apenado quem realiza um fato que a lei declara punível ou que, de acordo com o são sentimento do povo em concordância com a ideia básica de uma lei penal, mereça pena; nesse caso, o autor é apenado de acordo com a lei com cuja ideia básica melhor se relacione.”
- ⁶³ GÜRTNER/FREISLER. *Das neue Strafrecht*, p. 21.
- ⁶⁴ SCHAFFSTEIN, Friedrich. “Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts”. DAHM *et alii*. *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*. Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter, 1936, p. 96.
- ⁶⁵ SCHAFFSTEIN. *Die unechten...*, p. 99.
- ⁶⁶ A eliminação da acessoriedade da participação seria finalmente introduzida no CP alemão pela lei de 29/5/1943, que alterava o § 49a, impondo que o instigador ou cúmplice seria punido ainda que o autor não iniciasse a execução do delito. Trata-se de clara punição de meros atos preparatórios – o que constitui uma antecipação da punição, uma das características do Direito Penal do Inimigo para **Jakobs**.
- ⁶⁷ *Gemeinschaft...*, p. 6 e 7.
- ⁶⁸ “Aufbau und Aufgabe...”. In: GÜRTNER. *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil*, p. 48.
- ⁶⁹ Embora a pena perpétua não estivesse regulada na parte geral, vários dispositivos da parte especial a previam, como, p. ex., o delito de *Mord* (espécie grave de homicídio), em casos excepcionais (§ 405, 3).

- ⁷⁰ Ou seja, uma primitiva espécie de nosso atual Regime Disciplinar Diferenciado.
- ⁷¹ *Deutsches Strafrecht...*, p. 45.
- ⁷² WERLE. *Justiz...*, p. 427.
- ⁷³ REIMER ensinava que “no estado nazista, que se estrutura sobre a ideia de comunidade, são decisivas outras diretrizes: já o sentido da comunidade exige que o direito penal se ligue a todo cidadão, sem considerar se ele habita o território ou se habita fora das fronteiras do Reich. É um postulado moral, que deve ser imposto pelo povo alemão a todo cidadão alemão no mundo, que ele, como detentor do pensamento alemão e pioneiro da cultura alemã, se conduza no mundo inteiro como ele deveria se comportar na sua pátria, para não entrar em conflito com a lei penal alemã” (*Persönliche...*, p. 221).
- ⁷⁴ *Aufbau und Aufgabe*, p. 57. Por tais motivos, dizia **Freisler**, não se podia prescindir de uma parte especial, como o CP soviético fazia.
- ⁷⁵ Trata-se, portanto, de uma parte especial bastante extensa, com quase 400 artigos, da qual somente poderemos mencionar alguns pontos principais, por questões de espaço.
- ⁷⁶ *Gemeinschaft...*, p. 12.
- ⁷⁷ WERLE. *Justiz...*, p. 129.
- ⁷⁸ *Gemeinschaft...*, p. 13-14.
- ⁷⁹ Em 16/6/1936, em Bonn, um agente reincidente sequestraria, mediante fraude, uma criança de 12 anos, exigindo, sob pena de matar o refém, a quantia de 1.800 marcos de seu pai. O crime teve enorme repercussão na Alemanha. Preso, o agente receberia elevada pena de prisão, de acordo com a lei então vigente. Os nazistas entenderam que a pena era insuficiente e editaram, em 22/6/1936, uma lei pontual que, inspirando-se neste artigo projeto, impunha pena de morte, com efeitos retroativos a 1.º de junho. Oito dias depois, em 30/6/1936, o agente seria condenado à morte pelo Júri de Bonn (WERLE. *Justiz...*, p. 195).
- ⁸⁰ DÜRR-SCHÄFER. *Angriffe auf die Wehrkraft*, p. 119.
- ⁸¹ WESEL. *Geschichte...*, p. 504.
- ⁸² GRAU. *Angriffe auf die Arbeitskraft*, p. 137.
- ⁸³ A fundamentação do projeto dizia, quanto ao crime de desprezo ao casamento e à maternidade, que, “*devendo o casamento e a maternidade ser protegidos eficazmente como fundamentos da vida e da força do povo, então não pode ser permitido que eles sejam atacados de maneira altamente violadora, por palavra, escrito ou imagem*”; e quanto ao adultério, que “*a tomada de posição do estado nazista quanto ao casamento como fundamento excepcionalmente importante da vida da comunidade torna óbvia a criminalização contra o adultério*” (*Begründung*, p. 137 e 139, acesso em 10/9/2010, em <http://books.google.com.br/books>).
- ⁸⁴ *Angriffe auf die Sittlichkeit*, p. 195. Os crimes não eram condicionados à representação da vítima, pois o poder punitivo não podia ser deixado sob o controle desta. Se a vítima não quisesse o processo (p. ex., para evitar o estrépito), cabia ao Ministério Público decidir se, *do ponto de vista da comunidade do povo*, esses contramotivos prevaleceriam sobre o interesse na condenação.
- ⁸⁵ Em seus comentários a este capítulo, **Mezger** dizia que o estado nazista esperava de seus juízes uma interpretação material desses tipos (como, aliás, em toda a Parte Especial), que não subsumisse mecanicamente acontecimentos da vida às palavras, mas que valorasse as diretrizes dadas pela lei para a consecução de resultados adequados ao caso concreto (*Körperverletzung*, p. 389).
- ⁸⁶ KOHLRAUSCH. *Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen*, p. 474-5.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I.B. Aires: Losada, 1950.
- BATISTA, Nilo. “Justiça Criminal e Justiça Criminosa”. In: *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 99-112.
- DAHM, Georg. *Gemeinschaft und Strafrecht*. Hamburgo: Hanseatische, 1935.

- DOTTI, René Ariel. *Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura*. 2.^a edição. Curitiba: Juruá, 2005.
- DÜRR; SCHÄFER, Leopold. "Angriffe auf die Wehrkraft". In: GÜRTNER, Franz. *Das kommende Strafrecht*. Besonderer Teil. 2.^a ed. Berlin: Franz Vahlen, 1936, p. 119-137.
- EXNER, Franz. *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*. Leipzig: Wiegandt, 1931.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Antijuridicidade". In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 7.
- GALLAS, Wilhelm. "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung". In: DAHM *et alii*. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1935, p. 50-69.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: RT, 2007.
- GRAU. "Angriffe auf die Arbeitskraft". In: GÜRTNER, Franz. *Das kommende Strafrecht. Besonderer Teil*. 2.^a ed. Berlin: Vahlen, 1936, p. 137-159.
- GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma nacional-socialista*. Trad. de Eugenio R. Zaffaroni e Rodrigo Codino. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- GÜRTNER, Franz; FREISLER, Roland. *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*. 2.^a ed. Berlin: R. v. Decker, 1936.
- GÜRTNER, Franz. "Von der Entstehung des nationalsozialistischen Strafrechts. Ein Rückblick". In: GÜRTNER-FREISLER. *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*. 2.^a ed. Berlin: R. v. Decker, 1936, p. 15-19.
- _____. *Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2.^a ed. Berlin: Vahlen, 1935.
- KLEE, Ernst. *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*. Frankfurt: Fischer, 2005.
- KLEMPERER, Victor. *Os diários de Victor Klemperer. Testemunho clandestino de um judeu na Alemanha nazista*. Trad. de Irene Aron. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- KOHLRAUSCH, Eduard. "Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen". In: GÜRTNER, Franz. *Das kommende Strafrecht. Besonderer Teil*. 2.^a ed. Berlin: Vahlen, 1936, p. 474-516.
- LARENZ, Karl. "Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsbegriffe „. In: DAHM *et alii*. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1935, p. 225-260.
- MEZGER, Edmund. *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadens*. Berlin: Junker e Dünnhaupt, 1936.
- _____. "Körperverletzung". In: GÜRTNER, Franz. *Das kommende Strafrecht. Besonderer Teil*. 2.^a ed. Berlin: Vahlen, 1936, p. 389-396.
- MORGUET, Geraldine Louisa. *Feindstrafrecht – eine kritische Analyse*. Berlin: Duncker e Humblot, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- _____. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad. de Paulo Cesar Busato, da 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PETERS, Karl. "Das gesunde Volksempfinden". In: *Deutsches Strafrecht*, fascículo 11-11, out./nov.1938, p. 338.
- REIMER. "Persönliche und räumliche Geltung der Strafgesetze". In: GÜRTNER, Franz; FREISLER, Roland. *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*. 2.^a ed. Berlin: R. v. Decker, 1936, p. 219-225.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. "Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts". DAHM *et alii*. *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*. Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter, 1936, p. 70-114.
- SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 7.^a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- SHIRER, William L. *Ascensão e Queda do Terceiro Reich*. 2 vols. Trad. de Pedro Pomar e Leonidas Gontijo. Rio de Janeiro: Agir, 2008.
- VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer, 2009.
- _____; RENTROP, Kathrin. *Reform des Strafgesetzbuchs. Sammlung der Reformentwürfe. Band 2: 1922 bis 1939*. Berlin: BWV, 2008.
- WERLE, Gerhard. *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechenbekämpfung im Dritten Reich*. Berlin, Nova York: de Gruyter, 1989.
- WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. Munique: Beck, 2006.
- WETZELL, Richard F. *Inventing the criminal. A history of german criminology, 1880-1945*. Chapel Hill: University of North Carolina, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio R. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.