



Porciúncula: O Direito Penal, o “sentimento do povo” e o nazismo

1. Introdução

“Acreditamos que a comunidade do povo ou da família em si consubstanciam ordenações da vida plenas de sentido, que trazem em seu âmago uma lei, um direito interior. (...) Os juízos valorativos do legislador, assim como os conceitos da ciência jurídica, devem refletir essa realidade plena de sentido.”

[1] Embora tais palavras tenham sido escritas em 1938 por Georg Dahm, um dos artífices da, assim denominada, Escola de Kiel (grupo de juristas que traçaram as linhas metodológicas do *Direito nazista*), elas são de uma atualidade desconcertante. Isso porque, de acordo com uma concepção amplamente compartilhada e difundida nos dias correntes, o Direito Penal deve procurar refletir ou mesmo atender ao (*sit venia verbo*) “sentimento do povo”.

Com o presente trabalho, pretendo alcançar dois objetivos. Em primeiro lugar, demonstrar que a origem remota dessa diretriz se encontra no Direito Penal nacional-socialista. Embora a grande maioria dos atuais partidários desse discurso ignore por completo tal fato, isso, certamente, em nada altera a essência espúria e degenerada de tal orientação. Ademais, quer-se aqui sustentar que somente a noção de democracia constitucional está em condições de limitar essa perigosa tendência.

2. Delito como violação do “são sentimento do povo”

Dá-se o nome de Escola de Kiel (*Kieler Schule*) a um grupo de jovens professores vinculados à Faculdade de Direito da Christian-Albrechts-Universität zu Kiel que, durante o regime nacional-socialista, propugnou por uma renovação metodológica das ciências jurídicas, pretendendo com isso forjar conceitos e construções dogmáticas compatíveis com as necessidades daquele modelo político. Entre os representantes da Escola de Kiel encontravam-se nomes sumamente conhecidos, a exemplo do constitucionalista Ernst Rudolf Huber (discípulo de Carl Schmitt), do jusfilósofo e civilista Karl Larenz, do romanista e jusprivatista Franz Wieacker, bem como dos penalistas Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. Em 1933, Dahm (discípulo de Gustav Radbruch) e Schaffstein lançam um escrito (*rectius* : um manifesto de luta) intitulado *Direito Penal Liberal ou Autoritário? (Liberales oder autoritäres Strafrecht?)*, cuja essência, como o próprio título sugere, consistia num ataque aos fundamentos do Direito Penal liberal[2]. Nele, Dahm e Schaffstein rechaçam a concepção de Franz von Liszt do Direito Penal como *Magna Charta* do delinquente.

Aqui é preciso recordar que, de acordo com Von Liszt, o Direito Penal não deveria proteger a coletividade nem mesmo a ordem jurídica, mas, sim, o indivíduo que contra ela se rebela. Para Von Liszt, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* representa o baluarte do cidadão frente à onipotência do Estado. Por isso mesmo, concluía Von Liszt em frase que se tornou célebre, o Direito Penal deveria constituir a barreira intransponível da política criminal[3].

Dahm e Schaffstein, entretanto, invertiam a noção de Von Liszt do Direito Penal como *Magna Charta* do delinquente, sustentando que o Direito Penal deveria ser compreendido como a *Magna Charta* dos interesses do Estado[4]. De acordo com Dahm e Schaffstein, seria preciso caminhar para uma “primazia incondicional da nação e dos valores tradicionais nela encarnados, frente aos interesses do indivíduo”[5]. Falava-se, assim, num necessário de “abandono do individualismo”[6].



Em 1934, Carl Schmitt, num trabalho intitulado *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, propunha a substituição do princípio liberal (diriam os seus detratores, “individualista”) *nullum crimen nulla poena sine lege*, previsto no artigo 116 da Constituição da República de Weimar, pela fórmula autoritária (considerada por Schmitt, entretanto, como uma *Gerechtigkeitssatz*, é dizer, como uma “fórmula de Justiça”) “nenhum delito sem pena” (*nullum crimen sine poena*)^[7]. E, em outro trabalho do mesmo ano, Schmitt afirmaria peremptoriamente o seguinte: “Hoje todos reconhecem como a mais elevada e vigorosa verdade jurídica (*die höhere und stärkere Rechtswahrheit*) que o princípio ‘nenhum delito sem pena’ tem prioridade sobre o princípio ‘nenhum delito sem lei’”^[8].

Também em 1934, o jusfilósofo e penalista Heinrich Henkel subvertia a noção (liberal) de segurança jurídica (umbilicalmente ligada ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*), para interpretá-la como “a certeza da imposição do Direito com base no pensamento jurídico da comunidade do povo”^[9]. Para garantir tal certeza, observava Henkel, seria preciso renunciar corajosamente aos estreitos limites do tipo penal, abrindo-se mão da taxatividade e da proibição de analogia *in malam partem*^[10]. De acordo com Henkel, analogia, costume e *consciência popular* seriam as fontes do novo Direito Penal alemão^[11].

Em 10 de abril de 1935, Dahm, por ocasião de sua investidura como reitor da Universidade de Kiel, profere um discurso criticando severamente o princípio da legalidade, recomendando ao legislador que abandonasse a formulação de tipos penais “engessadores”, para substituí-los por lineamentos gerais que permitissem ao juiz o maior espaço de interpretação possível, de acordo com o critério do “pensamento da comunidade”. Dahm termina o seu discurso com as seguintes palavras: “A lei não é mais para nós letra morta, mas sim viva expressão do pensamento da comunidade. No futuro, o legislador não tentará mais encaixar a traição e a infidelidade na camisa de força de parágrafos e angulosos tipos penais particulares, mas se contentará com lineamentos gerais que concedam ao critério do juiz o espaço mais amplo”^[12] (grifo nosso).

Em 28 de junho de 1935, o regime nazista acabou por eliminar o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) através da nova redação dada ao parágrafo 2º do Código Penal alemão: “Será punido todo aquele que cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena segundo a ideia básica de uma lei penal ou segundo o são sentimento do povo” (grifo nosso)^[13]. Permitia-se, assim, ao juiz o recurso à analogia *in malam partem*, sempre que o sentimento popular indicasse a necessidade de punição de um sujeito (*rectius*: de um inimigo da comunidade do povo).

Em setembro de 1935, num trabalho intitulado *Verbrechen und Tatbestand*, Dahm deixava claro que a definição derradeira de um delito não deveria ser encontrada na lei, mas, sim, na “natureza das coisas”. Para Dahm, ladrão, por exemplo, não seria aquele que subtrai coisa alheia móvel, mas, sim, todo “aquele que segundo sua natureza é ladrão”^[14]. Por meio da total substituição ou, quando não, da complementação dos tipos de ação por tipos de autor (apoiados na valoração da *atitude interna* do agente de acordo com o critério do “*sentimento popular*”), corrompia-se o postulado liberal da primazia da dimensão objetiva-externa do delito.



Em 1938, Dahm sustentaria o seguinte: “Conceitos como o furto e o roubo, a injúria e a traição ao povo, a tentativa e a culpa, não são produtos artificiais do legislador, mas ideias dotadas de historicidade, vivas na consciência popular e com relevância para a vida da comunidade, com as quais tanto o juiz quanto o legislador devem contar”[\[15\]](#) (grifo nosso). E arrematava Dahm: “O tipo de autor representa, aqui, ‘uma ideia de personalidade’, uma ‘imagem do homem’, a representação viva que faz o povo do assassino, do ladrão, do receptador, do proxeneta”[\[16\]](#) (grifo nosso).

E, em 1939, na Itália, Giuseppe Maggiore, penalista de indisfarçável inclinação fascista, inspirando-se na fórmula autoritária contida no parágrafo 2º do Código Penal alemão, sugeria uma nova redação ao artigo 1º do *Codice Penale*. De acordo com o catedrático da Universidade de Palermo, o referido dispositivo legal deveria conter os seguintes dizeres: “É delito todo fato expressamente previsto como tal pela lei penal e punido com uma pena prevista por ela. Também é delito todo fato que ofenda a autoridade do Estado e seja merecedor de pena segundo o espírito da revolução fascista e a vontade do Duce, único intérprete da vontade do povo italiano. Naquelas hipóteses em que não esteja previsto por uma precisa norma penal, tal fato é punível em razão de uma disposição análoga”[\[17\]](#) (grifo nosso).

3. Populismo punitivo como democratização do Direito Penal?

O brevíssimo panorama histórico traçado no item II parece suficiente para que se perceba a origem (nada auspiciosa!) do populismo punitivo. Lamentavelmente, essa antiga e temerária orientação agora retorna sob as vestes de uma suposta “democratização” do Direito Penal. Um patente equívoco, como se quer demonstrar (ainda que brevemente) nas linhas seguintes.

Os modernos adeptos do populismo punitivo partem de uma visão bastante limitada da democracia, compreendendo-a, simplesmente, como o “governo do povo” e, portanto, da maioria. De acordo com tal concepção, a “democracia” seria uma espécie de onipotência da vontade popular. Certamente, um Direito Penal “democrático” nesse sentido seria um Direito Penal máximo, carecedor de limites[\[18\]](#). Sim, pois, num contexto em que amplos setores da população clamam por mais e mais punição, parece evidente que o Direito Penal seria configurado, essencialmente, como um instrumento de defesa social; o antípoda, portanto, da noção (liberal) do Direito Penal como *Magna Charta* do delinquente[\[19\]](#).

Entretanto, essa é uma visão obtusa, pois ignora uma segunda dimensão da democracia, não antitética, mas, sim, complementar em relação à primeira. Surge, assim, a noção (mais abrangente) de “*democracia constitucional*”. Numa democracia constitucional, determinadas questões encontram-se subtraídas à decisão da maioria. Em outras palavras: as constituições democráticas fixam limites intransponíveis ao princípio majoritário, que consubstanciam não somente pressupostos da convivência civil, como também razões do próprio pacto de coexistência[\[20\]](#). Fala-se, por isso mesmo, numa “*esfera do não decidível*”. Pois bem, dentro dessa “esfera do não decidível”, encontram-se justamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão, que não podem ser violados nem mesmo por deliberação majoritária[\[21\]](#). Portanto, não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* para que se perceba que populismo punitivo nunca pode significar, verdadeiramente, democratização do Direito Penal. A equação que faz de tais termos equivalentes é despidoradamente falaz.



4. Conclusão

Como se demonstrou, a origem remota da noção de que o Direito Penal deve refletir ou mesmo atender ao “sentimento do povo” encontra-se no nazismo. Hodiernamente, tem-se sustentado um populismo punitivo sob o pretexto de uma necessária “democratização” do Direito Penal. Evidentemente, um engodo, que ignora ou mesmo despreza a noção de que, numa democracia constitucional, determinados temas inserem-se na assim denominada “esfera do não decidível”, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Parafraseando uma memorável máxima de Marx[22], pode-se dizer que a história (nesse caso, do populismo punitivo) se repete: a primeira vez como tragédia (que levou milhões aos campos de extermínio da Alemanha nazista)[23]; e agora como farsa[24]!

[1] Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft* in *ZStW* 52, 1938, pág. 251.

[2] Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, págs. 7 e ss.

[3] Cfr. von Liszt, *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Tomo II, Berlin, 1905, pág. 80: “Nach meiner Meinung ist, so paradox es klingen mag, das Stragesetzbuch die magna charta des Verbrechers (...)”.

[4] Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pág. 32.

[5] Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, págs. 37-38.

[6] Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pág. 37.

[7] Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat* in *JW* 1934, págs. 713-714.

[8] Schmitt, *Der Weg des deutschen Juristen* in *DJZ* 39, 1934, pág. 693. Sobre tal questão cfr. Müller, *Furchtbare Juristen*, München, 1987, págs. 82-83.

[9] Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg, 1934, pág. 66. Sobre tal questão cfr. Hoyer, *Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus* in *Eckert-GS*, Baden-Baden, 2008, págs. 351 e ss.

[10] Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, pág. 68. Greco, *Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal* in *InDret* 4, 2010, pág. 6, com sua habitual perspicácia, anota que Henkel defendia os tipos penais indeterminados e a analogia *contra reo* “alegando que, con ello, se intimidaría mejor a la población”.

[11] Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, pág. 70.

[12] Dahm, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hamburg, 1935, pág. 17.

[13] Cfr. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5ª ed., Berlin, 1996, págs. 132-133.

[14] Dahm, *Verbrechen und Tatbestand* in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, pág. 102.

[15] Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, pág. 252.

[16] Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, pág. 257.

[17] Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario* in *RIDP* XI, 1939, págs. 140 e ss. De qualquer sorte, como observa Zaffaroni, *Doctrina Penal Nazi*, Valencia, 2017, pág. 79, nota 140, a referida proposta não obteve êxito.

[18] Ferrajoli, *Garantías y Derecho Penal* in *Jurídica* 31, 2001, pág. 168. No mesmo sentido, Silva



Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, pág. 38.

[19] Cfr. o voto do eminente ministro Celso de Mello no Inquérito 705/DF, em que sua excelência, com absoluta precisão, assinala: “Substituir as instâncias judiciárias, no desempenho reto, imparcial e isento da jurisdição penal, pelas decisões inapeláveis emanadas das ruas, sob a intensa pressão do clamor popular equivaleria a suprimir de modo arbitrário – e com frontal desrespeito a princípios essenciais que tutelam, enquanto valores subordinantes, as liberdades fundamentais do indivíduo – as grandes conquistas liberais (...)” (RTJ 150, 1994, págs. 444-445).

[20] Ferrajoli, *Garantías y Derecho Penal*, pág. 169. No mesmo sentido, Silva Sánchez, *Malum passionis*, págs. 37-38.

[21] Ferrajoli, *Garantías y Derecho Penal*, pág. 169.

[22] A máxima original de Marx é a seguinte: “Hegel bemerkte irgendwo, daß alle großen weltgeschichtlichen Tatsachen und Personen sich sozusagen zweimal. Er hat vergessen, hinzuzufügen: das eine Mal als Tragödie, das andere Mal als Farce” (*Der achtzehnte Brumaire des Louis Napoleon*, 2ª ed., Hamburg, 1869, pág. 1).

[23] Como bem lembra o notável jurista Nabor Bulhões em entrevista concedida à *Folha de S.Paulo* no dia 8/4/2018.

[24] Essa é também uma das conclusões do brilhante artigo do desembargador Ney Bello publicado em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/crime-castigo-50-anos-noite-populismo-penal-sempre>

Date Created

15/05/2019