



RESENHA DO LIVRO *DOCTRINA PENAL NAZISTA: A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ ENTRE 1933 A 1945*, DE EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI

José Roberto Nogueira de Sousa Carvalho¹

REFERÊNCIA DA OBRA EM ANÁLISE

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. 1. ed. Trad. De Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

1 APRESENTAÇÃO DO AUTOR

Eugenio Raúl Zaffaroni é um dos maiores nomes da criminologia produzida na América Latina, o argentino é o progenitor de prolíficas reflexões e obras publicadas e traduzidas em diversas línguas. Sua trajetória profissional, por sua vez, não se restringe ao ofício de escritor: fora ministro da Suprema Corte argentina e, atualmente, é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 PERSPECTIVA TEÓRICA E BREVE SÍNTESE DA OBRA

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), graduado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB), estudante do curso de pós-graduação (lato sensu) de Direito Penal e Criminologia, pelo Centro Universitário Internacional UNINTER.

O livro intitulado “A doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933-1945”, de Zaffaroni, foi publicado no Brasil em 2019, pela Editora Tirant lo Blanch, endossa a tese da continuidade e da radicalização, ou seja, que o Direito penal nazista é visto “como continuação da orientação racista (antisemita), populista (“germânica”) e totalitária de tendências autoritárias e antiliberais do Direito penal alemão o final do século e da República de Weimar” (AMBOS, 2020, p. 24).

A obra visa descrever os fundamentos dogmáticos do direito penal alemão no período que vai de 1933 até 1945, contudo, é mister compreender que Zaffaroni, dado o caráter que atribui ao fenômeno jurídico no nacional-socialismo, considera tal direito não um objeto *sui generis*, mas espécie de um gênero de direito que atormenta as sociedades: O direito penal desumano. Isso se dá pela historicidade da dogmática jurídica, ou seja, pelo fato de que as construções teóricas do direito, em termos dogmáticos, não estão alheias às especificidades históricas que as condicionam.

3 PRINCIPAIS TESES DESENVOLVIDAS E REFLEXÃO CRÍTICA

Insta observar que Zaffaroni insere em sua obra um alerta, tornando-o, assim, tão valioso para os leitores latino-americanos, conforme explica Kai Ambos: “Zaffaroni reconhece a continuidade desse pensamento também no presente (latino-americano), entre outras coisas na forma de moralização do Direito Penal, de um terrorismo midiático e da estigmatização de dissidentes, e também, e especialmente, na jurisprudência.” (AMBOS, 2020, p. 187) As razões expostas por Zaffaroni, que indicam a importância da temática aos latino-americanos, podem remeter tanto às características das sociedades da América Latina, quanto à dogmática penal nazista (e ao direito penal desumano). Contudo, deve-se ter em vista que, grosso modo, todas as razões circulam quase que um plano de ação: o combate ao direito penal desumano, tendo em vista que a dogmática penal nazista é a sua formulação mais sofisticada.

É nesse sentido que as construções jurídicas do período nazista demonstram um perigo à América Latina: se as formas mais vulgares do direito penal desumano foram capazes de construir genocídios ao redor do mundo, o continente latino-americano, influenciado intimamente pela dogmática alemã (inclusive a nazista), encontra no estudo de tal forma histórica uma forma de resistência. O direito penal humano, portanto, para Zaffaroni, se mostra como uma defesa frente ao poder punitivo.

O autor, ademais, elenca os antecedentes da prática jurídica nefasta do nacional-socialismo, como a noção de uma comunidade em termos sistêmicos e biológicos, o romantismo jurídico, a cultura punitiva e a experiência colonial europeia. É nesse sentido que

A ideia de uma sociedade ideal concebida como sistema, com comportamentos biologicamente condicionados, é muito anterior ao século XX e foi justamente na Alemanha onde foi exposta no século XV, em uma obra que, não por acaso, foi muitíssimas vezes impressa junto ao famoso *Malleus: o Formicarius*, de Johannes Nider (ZAFFARONI, 2019, p. 29)

O *Formicarius*, significando formigueiro (uma alusão de teor religioso, que elogiava a capacidade laboral das formigas e sua superioridade frente às abelhas, devido à falta de uma rainha), representava uma comunidade “orgânica”, marcada pela questão biológica e pela suposta harmonia religiosa entre seus componentes. Sua construção teórica demonstra, como expôs Zaffaroni, a semelhança da noção de *Formicarius* com a de Comunidade do Povo (*Volksgemeinschaft*), que estava no cerne da dogmática penal nazista.

O romantismo, por sua vez, se revelando como uma tendência que recorria ao irracionalismo em sua retórica, encontrou no neocolonialismo (em suas práticas funestas e em seus relatos) a amálgama que ensejaria o racismo em suas variadas correntes. Zaffaroni diferencia duas tendências majoritárias do racismo: o racismo evolutivo e o racismo involutivo. O primeiro se mostra como base de uma tarefa civilizacional, na qual os povos ditos inferiores são capazes de evoluir com a ajuda dos povos ditos superiores, sendo descrito na obra de Herbert Spencer e influenciado pelo chamado “darwinismo social”, que Zaffaroni já indicou que não se relacionava intimamente com a obra de Charles Darwin². O segundo, por sua vez, é pautado nos relatos acerca da “raça ária”, popularizados pela obra de Arthur de Gobineau, de maneira que, quanto “mais ariano”, mais perfeito é o indivíduo em termos raciais/biológicos.

O nacional-socialismo se mostrou, portanto, signatário de um racismo involutivo, tendo em vista seus objetivos políticos. Desta forma, Gobineau não foi o racista mais laureado entre os nazistas, dado que suas concepções não eram suficientemente antissemitas. Tal posto, portanto, como demonstra Zaffaroni, é de Houston Stewart Chamberlain, genro do músico, (também antissemita) George Wagner, sendo sucedido por Alfred Rosenberg. O racismo encontra em Helmut Nicolai um elaborador de questões racistas no mundo jurídico,

² Ambos (2020, p. 41) demonstra que, na verdade, o “darwinismo social” está mais próximo ao lamarckismo e sua tese da herança genética das características adquiridas .

denominando Zaffaroni as suas argumentações como um “delírio” (ZAFFARONI, 2019, p. 40). Para Nicolai, o direito era limitado biologicamente aos membros da comunidade e, neste sentido, observa-se a forte influência dos “pseudoconceitos românticos” apontados por Zaffaroni, como: “[...] espírito do povo (*Volksgeist*), alma popular (*Volksseele*), alma da raça (*Rassenseele*), sangue (*Blut*), chão (*Boden*), vida (*Leben*), ordem concreta (*konkrete Ordnung*), sentimento jurídico (*Rechtsgefühl*), entre outros.” (ZAFFARONI, 2019, p. 44).

Observa-se, neste contexto, a influência do racismo, do antissemitismo e de pseudoconceitos ancorados no irracionalismo, tendo destaque especial, dentre esses, na obra de Zaffaroni, a Comunidade do Povo (*Volksgemeinschaft*). Tal noção, cunhada primeiramente na obra de Paul de Lagarde, teólogo defensor da superioridade alemã, endossou o regime nazista e funcionou como fonte de direito no período em questão. Além de abarcar o organicismo, o racismo, o determinismo biológico e o antissemitismo, tal visão, logo, se ancorou em uma tradição intelectual pregressa ao nazismo de 1933.

Zaffaroni, ao encerrar a sua análise sobre o racismo jurídico nazista, ressalta a importância de não se combater esse romantismo e irracionalismo com uma postura tecnocrata e estéril. A dogmática penal não deve ter pretensões de neutralidade e não ideológicas, dado que tal postura não corresponde à realidade e aos homens, que não são neutros. Tal indiferença tecnocrática é perigosa pois pode render apoio a qualquer sistema de poder desde que o apoio público seja angariado.

Zaffaroni inaugura, por conseguinte, sua discussão acerca do marco institucional nazista ao tratar da relação do Estado e da Constituição sob a suástica. O autor demonstra que o Estado nazista estava imbuído sobre uma noção de “Estado de Direito”, ainda que não no sentido liberal-democrático, como pode-se observar na atuação do Parlamento (*Reichstag*) após o advento da Lei de plenos poderes:

A formalidade de decisão no Reichstag era explicada como uma especial forma solene de estabelecimento do direito e documenta perante o mundo que a vontade do Führer é a vontade do povo alemão, mas a legislação não requeria formalidade: bastava a vontade do Führer, expressa, por exemplo, em um discurso breve [...] (ZAFFARONI, 2019, p. 67)

Desse modo, Zaffaroni aborda a discussão constitucional: a Constituição de Weimar não foi revogada no período nazista, foi suspensa por meio de seu mecanismo de “Estado de exceção”. O autor demonstra, portanto, que o núcleo jurídico e político da Alemanha nazista,

na verdade, era a “vontade do povo” revelada pelo seu interprete mor, o *Führer*, não havendo um vínculo com a letra da lei, mas com a verdade revelada pela comunhão entre Hitler e a *Volksgemeinschaft*.

Por conseguinte, Zaffaroni indica a problemática acerca dos “partícipes do direito”, ou seja, aqueles que são uma espécie de “sujeitos de direito” e que estão incluídos na *Volksgemeinschaft*. Os diferentes tipos de direitos (direitos civis, políticos, etc) ensejaram diferentes denominações aos indivíduos presentes no domínio alemão, de forma que, encontrou em Karl Larenz uma formulação mais sofisticada e extrema. Larenz dita que “A exclusão das pessoas não é terminante. Partícipe do direito (*Rechtsgenosse*) é só quem é partícipe do povo (*Volksgenosse*); partícipe do povo é quem é de sangue alemão.” (ZAFFARONI, 2019, p. 77), logo “[...] nem sequer os próprios tinham direitos, uma vez que tudo se traduzia em deveres derivados do pertencimento ao povo (comunidade popular), cujo máximo intérprete era sempre o *Führer*.” (ZAFFARONI, 2019, p. 78).

Nas seguintes passagens o texto, Zaffaroni trata sobre a realidade judicial nazista, da participação dos juízes, do Tribunal do Povo (*Volksgerecht*) e sobre a autonomia policial, tendo em vista a atuação do Judiciário alemão no período de 1933 até 1945. Descreve, portanto, o autor, a falta de independência do Judiciário sob o nazismo, de modo que os juízes estariam, sob as formulações de Schmitt, sempre presos ao ideário programático do partido nazista. Ademais, Hitler seria o juiz supremo da nação, de maneira que poderia até emitir sentenças e reformar decisões.

Os corpos policiais sob a suástica foram dotados de muita independência (ensejada por juristas a serviço da *Gestapo*), ao contrário do Poder Judiciário, trabalhando nos moldes de um sistema penal subterrâneo. Neste contexto, os corpos policiais promoveram execuções, desaparecimentos, espancamentos e toda sorte de violência contra os indivíduos perseguidos na Alemanha nazista. A partir de 1939, conforme demonstra Zaffaroni, os delitos cometidos pela SS passam a ser de uma jurisdição própria, não estando mais sob a égide dos tribunais judiciais.

O Tribunal do Povo (*Volksgerecht*) tem um momento para ser analisado na obra de Zaffaroni, o autor delinea o surgimento do *Volksgerecht* como uma resposta à necessidade política de Hitler de punir os “traidores” da nação após frustradas suas expectativas em relação ao julgamento referente ao incêndio do *Reichstag*. Fundado em 1934 para julgar delitos de cunho político, o *Volksgerecht* foi palco da barbárie orquestrada por Roland Freisler, eminente juiz do tribunal em questão que esbravejava e ofendia os réus, cerceando seu direito de defesa e punindo, muitas vezes, com a pena capital. Sobre Roland Freisler e sua relação com o *Volksgerecht*, Zaffaroni expõe que

O tribunal do povo sob a sua presidência fez condenações de morte em conversas de restaurante, em locais de trabalho, em encontros casuais no trem. Nas sentenças, leem-se frases incríveis. Dado que o tribunal era integrado por dois juízes de carreira e três leigos, Freisler pretendia que a maioria leiga introduzisse um novo sentimento jurídico, que sintetizava na expressão este não é um lugar para teses doutorais (*sic.*) (ZAFFARONI, 2019, p. 91)

Por conseguinte, Zaffaroni aborda a legislação penal nazista a partir dos primeiros delineamentos legislativos do regime nazista, a saber, a Lei de plenos poderes (*Ermächtigungsgesetz*) de 24 de março de 1933. Tal lei proporcionou a Hitler legislar por decretos, em especial, após a morte de Hindenburg, quando assumiu ambos os postos de chanceler e presidente. A partir deste ponto, a legislação penal cresceu exponencialmente, abordando desde a traição contra o Estado até a preservação da “pureza do sangue”. Isso se deu de tal forma que não só prescindiu como renegou o princípio da legalidade e o da irretroatividade da lei penal, o que Llobet Rodríguez (2019) vem a chamar de “antigarantismo penal”.

O sistema penal subterrâneo e o paralelo da Alemanha nazista culminaram em um surto de violência estatal, como pode-se observar no escrito de Zaffaroni, no período da Guerra. Com o direito penal de guerra, o Estado nazista expandiu suas formas de punição, de maneira que chegou a ser produzido por Edmund Mezger e Franz Exner um projeto para uma lei contra os “parasitas e estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremden*) (que fortuitamente não veio a ser sancionado). Ademais, tal tipo de violência no contexto de guerra viu consumir-se a política da Noite e Névoa (*Nacht und Nebel*), que regulava a prática de desaparecimentos e execuções ilegais nos territórios ocupados pelos nazistas.

O discurso nazista foi marcado reiteradamente pelo racismo biologizante, de maneira que, ao pregar uma suposta harmonia entre os membros da Comunidade do Povo, tal argumentação entrou em contradição com a legislação penal extremamente punitiva. Isso se dá, pois, não faz sentido o aumento da repressão em uma comunidade que, em tese, seria harmoniosa de maneira biologicamente determinada. Tal contradição, portanto, se mostra como falsa, dado que “A explicação desta aparente contradição é que a famosa comunidade popular como sistema social não era mais que um projeto político para implementar e, de jeito nenhum, uma realidade para reforçar, como pretendiam seus ideólogos no campo doutrinário penal.” (ZAFFARONI, 2019, p. 100)

Deste ponto em diante, Zaffaroni passa a observar de maneira mais detida o texto a abordagem construída na dogmática penal alemã dos anos anteriores ao derradeiro do regime nazista. Inicialmente o autor descreve tendências prévias do mundo jurídico que foram continuadas no direito nazista como “[...] a materialização (menos formas jurídicas), funcionalização (domínio da ideia de fim), etização (confunde-se moral e direito) e subjetivação (revela-se o interior do autor). (ZAFFARONI, 2019, p. 102). Demonstrando, por conseguinte, como o perigosismo positivista se diferencia do perigosismo matizado por von Liszt que veio a ser radicalizado pelos nazistas posteriormente:

É verdade que os dois discursos (positivista e nazista) partem de certo pressuposto diferente – como vimos -, pois, enquanto um sonhou a realidade do organismo social (conforme o racismo evolucionista spenceriano), o outro defendia o dever de construir ou restabelecer o organismo imaginado (conforme o racismo involutivo originário de Gobineau); mas os dois correspondiam a posicionamentos sistêmicos ou organicistas da sociedade, embora alucinado por uns e sonhado por outros. (ZAFFARONI, 2019, p. 102-103)

O perigosismo presente em ambas correntes se mostrou como ponto de toque, dado que é composto em seu âmago pelo racismo discriminador europeu, demonstrando que a ruptura entre ambas não foi tão radical. É com von Liszt, conforme indica Zaffaroni, que tal tendência é mitigada a partir da noção do direito penal como “Carta Magna do delinquente”, contudo, tal percepção não deve ser vista como um pensamento estritamente “liberal” ou “democrático”, afinal, von Liszt dedicou seus esforços intelectuais contra um enfraquecimento do sistema punitivo, além de dividir os delinquentes entre normais e habituais/incorrigíveis, tendo direitos penais distintos para cada tipo: um limitado para os primeiros; e um que beira a ausência de limitações para os segundos.

É diante de uma interpretação errônea acerca da obra de von Liszt que se construiu um consenso acerca de uma suposta luta de escolas jurídicas (à moda da, também inexistente, Ferri-Carrara) Liszt-Binding. No contexto alemão, de fato, ambos os autores não eram liberais, contudo, a interpretação sobre as obras de ambos construiu um “Liszt liberal/socialista” contraposto a um Binding influente no direito fascista.

Por conseguinte, Zaffaroni passa a descrever as diferentes correntes/tendências teóricas que construíam argumentativamente a função do direito penal. As teorias variam, aborda Zaffaroni, logo, os teóricos de Kiel, Gleispach, Freisler, Frank e Nicolai, observando a

repressão como resposta ao descumprimento do dever para com a Comunidade do Povo ou como proteção da comunidade frente aos degenerados.

A criminologia alemã no período nazista é, portanto, situada e descrita por Zaffaroni, de maneira que o autor aponta que, embora não tenha sido nazificada completamente, não foi um posto absolutamente liberal ou intocado. Isso se dá, pois, a criminologia europeia já estava nas mãos de médicos e detinha um caráter etiológico e racista marcado desde antes do advento do regime nazista; ademais, a criminologia, por não ter contornos muito definidos, abrangeu a prática de muitos autores, sendo alguns mais e outros menos alinhados ao nazismo. A criminologia foi rechaçada pelos teóricos de Kiel, contudo, não era totalmente alheia ao contexto europeu e alemão (embora a germanização dos saberes orquestrada pelos nazistas tenha a influenciado, em certa medida) da época.

Zaffaroni aponta o Direito Penal da Vontade (*Willenstrafsrecht*) como a corrente legitimadora do direito penal nazista mais original e coerente dentre as mostradas. Cunhado e desenvolvido pelo presidente do Tribunal do Povo, Roland Freisler, o Direito Penal da Vontade se tem por base a noção de “inimigo”, que por sua vez depende da noção de “vontade”. Em suma, o inimigo deve ser expiado e definido em razão de sua vontade: somente com uma vontade divergente que ameace a vontade do *Führer* ou da Comunidade do Povo que se pode considerar um indivíduo como inimigo, e é justamente por tal vontade que sua culpa deve ser expiada pelo direito penal.

Zaffaroni prossegue, portanto, para a análise do neokantismo jurídico, que, como pontuado pelo autor, tanto influenciou a América Latina com pretensões de ser uma “ciência pura”. O neokantismo de Baden, conforme expõe o autor, serviu para tirar das mãos da criminologia etiológica e do positivismo de Liszt o direito penal, tendo em vista ser um método capaz de interpretar qualquer direito. Tal metodologia jurídica foi legada à América Latina não pelos seus grandes expoentes ou seus pensadores de primeira geração, mas pelos nazistas Hans Frank e Edmund Mezger (cuja teoria causalista do direito viria a confluir, em certa medida, com o finalismo de Hans Welzel).

O autor, portanto, após tratar de contribuições teóricas do neokantismo, parte para a análise da Escola de Marburgo, uma racionalização do direito penal nazista contraposta à construída pela Escola de Kiel. O debate, em suma, consiste no fato de que os juristas de Kiel acreditavam que cada direito demanda um método, enquanto os neokantianos, de Marburgo ou não, acreditavam que o seu método era infalível e capaz de abarcar qualquer direito, portanto, se adequava aos valores nazistas. Os expoentes de Marburgo, Schwinge e Zimmerl, consideravam o irracionalismo como uma tendência antigermânica, de maneira que tentavam

conservar as fontes germânicas em seus trabalhos, acusando os expoentes de Kiel, Dahm e Schaffstein, de se renderem a fontes inimigas e estrangeiras.

Zaffaroni, portanto, parte para a análise da chamada Escola de Kiel e de seus maiores representantes: Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. O autor, além de descrever a história da escola formada por jovens professores nazistas, se deteve sobre as contribuições teóricas da escola, em especial a concepção de delito como violação de um dever. Tal construção teórica implica na percepção do crime a partir de uma nova dinâmica entre indivíduo e comunidade, de modo que os indivíduos agora não mais cometiam crimes por lesar bens jurídicos (conceito que cai no ostracismo na visão daqueles de Kiel), mas por descumprir com seus deveres frente à comunidade. Diante disso, Zaffaroni conclui que a crítica de Kiel ao conceito de bem jurídico não faz tal noção garantista por si só, sendo necessária, mas não suficiente, dado que até mesmo juristas como Mezger e Freisler defendiam o uso do conceito em questão.

Zaffaroni a seguir analisou a questão metodológica da Escola de Kiel, constantemente diferenciando suas proposições das de Marburgo, de modo que

Dahm assumia sua condição de nazista; os neokantianos a assumiam só como tecnocratas a serviço do regime que fosse. Dahm confessava assumi-la por convicção; os outros, por imposição da sua função conforme a condição de técnicos subordinados ao poder da vez. No fundo, este é o ponto essencial do debate desses anos. (ZAFFARONI, 2019, p. 184)

É nesse contexto que Dahm fez uma crítica à teoria do delito, se desfazendo de conceitos imperfeitos para poder justificar grandes atrocidades cometidas pelo Estado. Dahm, ademais, critica a noção de Direito Penal da Vontade, de Freisler, embora não exclua a vontade do direito penal, para o autor de Kiel, o direito deve se ater ao resultado imprimido na comunidade. Em Kiel, duas figuras passam a ter lugar de destaque: o juiz e o autor. Se o primeiro se torna aquele que consoma o trabalho do legislador, livre das amarras da legalidade; o segundo é marcado pela sua essência, de modo que só seria considerado um assassino se essencialmente o fosse, e não somente por matar alguém.

Zaffaroni, por conseguinte, vai observar as construções teóricas acerca da noção de “autor” no direito penal nazista, em especial, na obra de Dahm e de Erik Wolf. Disserta Zaffaroni que a figura do autor em espaço de destaque não é uma novidade, dado o positivismo criminológico, tal tendência se mostrou antiga, sendo alterada no âmbito nazista: já não se trata de um autor criminológico, mas sim normativo. “[...] Wolf elaborou seu tipo de autor normativo

como tipo de disposição interna (*Gesinnungstypus*), não em um sentido psicológico nem no de uma ética individual, mas sim no de uma concepção do mundo sã” (ZAFFARONI, 2019, p. 197).

Para Dahm, influenciado pela filosofia heideggeriana, de modo que foi além de Wolf, de modo que

[...] o injusto integrava-se com uma unidade inseparável do externo e interno do comportamento, gerando um tipo de autor que, na verdade, era todo o tipo de injusto e quando abrangia componentes geralmente considerados parte da culpabilidade (nada menos que o dolo mesmo e portador da consciência da ilegalidade), acabava tornando o seu tipo de autor um tipo de delito (*Verbrechenstypus*) ou imagem reitora, que permitia recompor a imagem completa do delito. (ZAFFARONI, 2019, p. 201)

Zaffaroni trata, por conseguinte, da questão da culpabilidade na Escola de Kiel, desenvolvendo a argumentação levando em conta a importante figura do autor. Dentre outros aspectos, o autor ressalta a importância do autor para a culpabilidade (tanto em crimes comissivos quanto omissivos), de modo que, a culpabilidade é definida pela posição do indivíduo na comunidade (desde que já seja membro da comunidade, sua ocupação profissional e social influi diretamente na culpabilidade). Zaffaroni aborda, portanto, os anseios dogmáticos de construção de uma teoria unitária do delito e de uma dissolução das distinções entre a ilegalidade e a culpabilidade.

Por fim, Zaffaroni, tece uma conclusão que, além de repassar os argumentos principais da obra, abre reflexões sobre sua atualidade, em especial, na América Latina. Para o autor, ao revisitar os argumentos do texto, como os apontamentos das diferentes escolas nazistas, Zaffaroni concluiu que Hans Welzel seria o superador do neokantismo nazista:

O arquiteto da superação construtiva do demolido sistema neokantiano no período pós-guerra foi Hans Welzel, que se encarregou de resolver as contradições sem esvaziar de culpabilidade o delito e sem cair no direito penal da vontade, embora tenha tido defeitos quanto à delimitação do aspecto objetivo do tipo e alguma exagerada subjetivação. (ZAFFARONI, 2019, p. 229)

Zaffaroni considera ainda necessário analisar o “comportamento pessoal” de Welzel, dado que esse teria somente uma “importância secundária” durante o período nazista, afinal “De qualquer forma, na realidade seu papel sobressalente não foi nos anos do nazismo, mas sim

nos tempos da reconstrução da República Federal com Konrad Adenauer [...]” (ZAFFARONI, 2019, p. 230). Zaffaroni considera, portanto, Welzel um conservador, não um nazista.

O posicionamento de Zaffaroni em relação a Welzel é amplamente criticado por Kai Ambos e Javier Llobet Rodríguez. Para o primeiro, a tese de Zaffaroni é insustentável, de modo que “[...] consiste em duas premissas: ‘O’ neokantismo abriu caminho para o Direito penal nazista e a ontologia finalista cunhada por Welzel definitivamente superou esse Direito penal.” (AMBOS, 2020, p. 173). Isso se dá de modo que, para Ambos (2020), as duas premissas estão incorretas, a primeira por não corresponder ao fato de que o direito penal nazista não era diretamente neokantiano e a eticização predominou em sua metodologia; a segunda por desconsiderar a proximidade das propostas de Welzel (ainda que no pós-guerra) com o nacional-socialismo.

A estratégia de Zaffaroni de desconsiderar a vida pessoal de Welzel e se ater ao significado teórico de seus textos, contudo, não é suficiente para absolver Welzel, conforme expõe Ambos, de modo que é sustentada narrativa

[...] de que Welzel teria rejeitado tacitamente o nacional-socialismo e que suas estruturas lógico-objetivas provaram ser um baluarte contra todo o Direito penal autoritário, incluindo sua variante nacional-socialista. Esta apresentação completamente acrítica de Welzel, no entanto não resiste a uma análise realista de seus escritos publicados entre 1933 e 1945 – independentemente dos motivos pessoais de Welzel. (AMBOS, 2020, p. 176)

O escrito de habilitação de Welzel, conforme Ambos (2020), publicado em 1935 era marcado não somente pelos exageros da época relativos à noção de comunidade, mas também outros elementos típicos do nazismo. Segundo Llobet Rodríguez, por sua vez “Nos deixam de encontrar-se em seus textos expressões de apoio explícito forte ao nacional-socialismo, por exemplo, em sua tese de habilitação ‘Naturalismo e Filosofia dos valores do Direito Penal’ de 1935.” (LLOBET RODRÍGUEZ, 2020, p. 309), referindo-se, portanto, ao nazismo como uma “revolução espiritual”.

Ademais, para Ambos (2020), se Welzel não poderia ser considerado como puramente um ideólogo hitleriano, tampouco seus títulos poderiam fazer parte da *Kampfliteratur* nazista (o que Ambos reserva, talvez, somente aos da Escola de Kiel), não é possível negar o caráter nacional-socialista de suas obras neste período. Para Ambos (2020, p. 186), Welzel foi um daqueles que “[...] ofereceram oportunisticamente seus serviços para o regime.”

Tal afirmação é reiterada na obra de Llobet Rodríguez, ao levar em conta a postura de Welzel em seus escritos: “Em relação à posição combativa assumida por Hans Welzel em diversas publicações, antes e depois de sua nomeação como professor regular, é importante considerar que no regime nazista não se exigia que nas publicações se assumisse uma atitude combativa a favor do regime.” (LLOBET RODRÍGUEZ, 2020, p. 314-315)

Zaffaroni, por conseguinte estipula que a simbologia do nazismo e suas tendências mais concretas não continuam vivas, de modo que já não se usam camisas pardas nas ruas, contudo, para o autor:

[...] não é possível negar que a promoção constante de legislação penal, a idolatria do poder punitivo como capaz de resolver todos os problemas por díspar que seja a sua natureza, a promoção do terrorismo mediático, a intimidação mediática a políticos e juízes, a estigmatização de quem opõe resistência ou responde a discursos de vingança e discriminatórios, vai introduzindo na dogmática penal racionalizações de diferente natureza que, no fundo, coincidem em alguma medida com as tendências que impulsionaram os advogados criminalistas alemães destes anos. (ZAFFARONI, 2019, p. 241)

Contudo, deve-se ter em vista que a influência propriamente nazista ainda se fez presente na América Latina (não estando imune o Brasil) por muitos anos após o fim da Segunda Guerra Mundial, como demonstra Rosa del Olmo em sua seminal pesquisa sobre a criminologia em território latino-americano:

De acordo com um questionário enviado aos representantes destacados de nossa disciplina nos diversos países da América Latina, foi possível constatar a utilização dos mesmos tipos de manuais na maioria dos países que responderam ao questionário [...]. Mas o que mais chama atenção é que, dos onze países que responderam ao questionário, cinco utilizavam, em 1976, o Manual de Biología Criminal de Franz Exner, e quatro a Criminologia de E. Mezger, os quais, como se recordará, foram escritos respectivamente em 1939 e 1933, embora tenham sido traduzidos anos depois (DEL OLMO, 2017, p. 276)

Por fim, Zaffaroni conclui a obra com as perspectivas de desenvolvimento do direito penal desumano. Para o autor, três vias se mostram possíveis: uma racionalização tecnocrática que ignora dados sociais; a idolatria virada para uma sociedade sistêmica inexistente, ignorando defeitos da mesma; a degradação que paulatinamente incorpora o discurso mediático. Nas

linhas finais Zaffaroni convida o leitor para o estudo do direito penal desumano, tendo em vista proteger as sociedades de tal ameaça.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Direito penal nacional-socialista: continuidade e radicalização**. 1. ed. Trad. de Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. 1. ed. Trad. de Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. 2. ed. Trad. de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. 1. ed. Trad. de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.