

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXIV

2023

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Fevereiro, 2024

-
- 11-21 **M. Januário da Costa Gomes**
Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- 25-38 **Christian Baldus**
Tudo podemos... ou: pão integral antes do bolo! Internacionalização da formação jurídica entre política e prática
Wir können alles... oder: Schwarzbrot vor Kuchen! Internationalisierung der Juristenausbildung zwischen Politik und Praxis

-
- 39-60 **Jean-Louis Halpérin**
O direito e as suas histórias
Law and its Histories

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- 63-118 **Alfredo Calderale**
Carta della foresta e mutamenti economico-sociali in Inghilterra dal XV al XX secolo
The Forest Charter and Socio-economical Changes in England from the XVth to the XXth Century

-
- 119-167 **André Mendes Barata**
O Sistema Europeu de Garantia de Depósitos: perspectivas para a construção do terceiro pilar da União Bancária
The European Deposit Insurance Scheme: perspectives for the construction of the third pillar of the Banking Union

-
- 169-190 **Aquilino Paulo Antunes**
Falhas de abastecimento de medicamentos
Medicines shortages

-
- 191-238 **Carlos de Oliveira Coelho**
Em torno de duas leituras da *lex sane si maris*. Sobre as visões de Grotius e de Serafim de Freitas a respeito da liberdade dos mares
On two readings related to the lex sane si maris. About the views of Grotius and Serafim de Freitas regarding the freedom of the seas

-
- Carlos Sardinha**
239-254 Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa: Alemanha
Introduction to the Study of the History of the Science of Private Law in Europe: Germany
-
- Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais**
255-300 Inventory Proceeding according to the *Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012*: still portuguese law?
O processo de inventário de acordo com o Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012: ainda direito português?
-
- Daniele Coduti**
301-333 La legge ex art. 116, co. 3, della Costituzione italiana: punto fermo od ostacolo per l'attuazione del regionalismo differenziato?
A lei nos termos do art. 116, par. 3º, da Constituição italiana: ponto fixo ou obstáculo para a implementação do regionalismo diferenciado?
-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
335-376 A Constituição Brasileira de 1824 e o fim da *Confederação Brasileira*: efeitos jurídicos da rejeição política de juntar Cabo Verde e Angola ao Brasil
The Brazilian Constitution of 1824 and the end of the Brazilian Confederation: legal effects of the political rejection of joining Cape Verde and Angola to Brazil
-
- Filipe de Arede Nunes**
377-398 A guerra como continuação da política de Estado: o confronto dialético entre Direito e Poder
War as continuation of State politics: the dialectic confrontation between Law and Power
-
- Francesco Astone**
399-416 Contratto, Interpretazione, Pubblica Amministrazione
Contract, Interpretation, Public Administration
-
- Francisco Mendes Correia**
417-466 Responsabilidade e risco nas operações de pagamento não autorizadas
Risk and liability for unauthorised payment transactions

-
- Francisco Rodrigues Rocha**
467-517 Limites de indemnização e capital seguro. Os artigos 508.º do CC e 12.º do RSORCA
Indemnity Limits and Insured Sum. Articles 508 of the Civil Code and 12 of the Compulsory Motor Vehicle Insurance Law
-
- Gabrielle Bezerra Sales Sarlet | Ingo Wolfgang Sarlet**
519-538 Os desafios da implementação do 5G em um cenário de exclusão digital e de hiperconexão e o Estado Democrático de Direito no Brasil
The Challenges of Implementing 5G in a Scenario of Digital Exclusion and Hyperconnectivity and the Democratic Rule of Law in Brazil
-
- Giovanni Damele | Inês Pinheiro**
539-544 Kelsen e a Górgona do poder: uma resposta a Kaufmann
Kelsen and the Gorgon of power: a response to Kaufmann
-
- Glauto Lisboa Melo Junior**
545-573 Navegando por padrões obscuros: uma análise crítica da Lei dos Mercados Digitais (DMA) e da Lei dos Serviços Digitais (DSA) para a proteção dos consumidores *on-line*
Navigating through dark patterns: a critical analysis of the Digital Market Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) in protecting consumers online
-
- Inês Ferreira Leite**
575-599 Fundamento e axiologia de um conceito de ação jurídico-penal (a propósito da definição de “o mesmo crime”)
Reasoning and axiology of a universal concept of a legally liable criminal act (about the concept of the “same offense”)
-
- João de Oliveira Gerales**
601-660 Sobre o âmbito e os limites das denominações de origem e das indicações geográficas nas propostas de revisão da regulamentação europeia
On the Scope and Limits of Designations of Origin and Geographical Indications on the Proposals for the Revision of European Regulations
-
- Jorge Reis Novais**
661-722 Financiamento de contencioso por terceiros e Constituição
The Constitution and third-party litigation funding

- **José Maria Cortes**
723-740 Destapar o consultor: os *proxy advisors* e a solução portuguesa
Uncovering the advisor: proxy advisors and the Portuguese solution
- **Luis Satúrio Pires**
741-766 Sobre a (des)proporcionalidade do regime da revogação por ingratidão
About the (dis)proportionality of the ingratitude revocation regime
- **Manuel Barreto Gaspar**
767-802 As Idiossincrasias Jus-Administrativas do Estado Novo Português e do Estado Fascista Italiano: Breve Jornada pela Evolução Histórica do Direito Administrativo e pelo Pensamento Jurídico Marcellista – Parte I
The Jus-Administrative of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista Juridical Thought – Part I
- **Pierluigi Chiassoni**
803-822 Dos conceptos de discrecionalidad judicial
Two concepts of judicial discretion

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **João Gomes de Almeida**
825-835 Uma ou múltiplas residências habituais do(s) cônjuge(s): comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20
One or multiple habitual residences of the spouse(s): annotation on the European Court of Justice Judgment of 25 November 2021, IB v FA, case C-289/20

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Adelaide Menezes Leitão**
839-850 Arguição da tese de doutoramento de José Anchieta da Silva sobre “A posição dos Credores e a Recuperação da Empresa”
Discussion of the doctoral thesis presented by José Anchieta da Silva on the subject “Creditors’ position and the recovery of the company”

José Luís Bonifácio Ramos
851-858 Arguição da tese de doutoramento de Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”
Discussion of the Doctoral Thesis of Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”

Vitalino Canas
859-890 Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”
Discussion of the PhD exam by Jorge Manuel da Silva Sampaio, on the thesis “Weighting and proportionality. An Analytical Theory of Constitutional Reasoning”

LIVROS & REVISTAS

Adelaide Menezes Leitão
893-900 Recensão à obra *Krisen des fallimento*, de Johannes Heck

Javier Llobet Rodriguez
901-920 Recensão à obra *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, de Kai Ambos

João de Oliveira Gerales
921-938 Recensão à obra *Causa contractus: Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, (org.) Gregor Albers/Francesco Paolo Patti/Dorothee Perrouin-Verbe

Maria José Capelo
939-957 Recensão à obra *Manual de Processo Civil*, volume I e II, de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa

Nuno Andrade Pissarra
959-975 Recensão à obra *Römisches Recht*, de Alfred Söllner e Christian Baldus

Recensão à obra *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, de Kai Ambos

Javier Llobet Rodriguez^{*|**}

Identificação da Obra: KAI AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden Baden, Nomos/Dike, 2019.

Resumo: O professor Kai Ambos, da Universidade de Göttingen, publicou o livro “Direito Penal Nacional-Socialista – Continuidade e Radicalização”, com o qual pretendia inicialmente fazer uma revisão do livro de Eugenio Raúl Zaffaroni “Doutrina Penal Nazista – A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945”; no entanto, acabou escrevendo uma monografia sobre o Direito Penal nacional-socialista. Nele, Ambos desenvolveu os fundamentos do Direito Penal nazista, dentre os quais menciona o racismo, o conceito de comunidade do povo, o Estado do *Führer*, o princípio do *Führer* e a exclusão. O livro fala de várias escolas durante a era nazista, como as de Marburg e Kiel. Além disso, é feita uma análise do papel de Hans Welzel durante o nacional-socialismo, em que é tecida uma forte crítica ao livro de Zaffaroni.

Palavras-chave: Direito Penal Nacional-Socialista. Comunidade do povo. Racismo. Direito Penal da Vontade. Eticização. Tipo normativo de autor.

Abstract: Professor Kai Ambos from the University of Göttingen published his book “National Socialist Criminal Law (Continuity and Radicalization)”, with which he initially intended to make a review of Eugenio Raúl Zaffaroni’s book “Nazi Penal Doctrine – The German Criminal Dogmatics between 1933 and 1945”. However, he ended up writing a monograph on National Socialist Criminal Law. This book develops the foundations of Nazi Criminal Law, among which he mentions racism, the concept of people’s community, the Führer’s State, the Führer’s principle, and exclusion. The book also presents the development of various schools during the Nazi era, such as that of Marburg and Kiel. Additionally, it presents an analysis of Hans Welzel’s role during National Socialism and presents a strong criticism of Zaffaroni’s book.

Keywords: National Socialist Criminal Law, people’s community, racism, criminal law of will, ethicization, normative type of author.

* Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade da Costa Rica.

** Tradução de Rodrigo Murad do Prado. Defensor Público do Estado de Minas Gerais e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires – UBA.

Sumário: 1. “Direito Penal Nacional-Socialista. Continuidade e radicalização”, de Kai Ambos; 2. “Direito Penal Nacional-Socialista”, de Kai Ambos, e “Doutrina Penal Nazista”, de Eugenio Raúl Zaffaroni; 3. Conteúdo do livro de Kai Ambos; 4. A subordinação do judiciário à política e à polícia no nacional-socialismo; 5. Radicalização e continuidade do Direito Penal nacional-socialista; 6. Karl Binding, Franz von Liszt e a luta das escolas; 7. Fundamentos do Direito Penal nacional-socialista; 8. O Direito Penal nacional-socialista e o neokantismo; 9. O Direito Penal nacional-socialista na escola de Kiel; 10. Críticas a Zaffaroni sobre o papel de Hans Welzel durante o nacional-socialismo; Conclusões.

1. “Direito Penal Nacional-Socialista. Continuidade e radicalização”, de Kai Ambos¹

Kai Ambos é um conhecido jurista criminal alemão, Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Universidade de Göttingen desde 2003. É Doutor *Honoris Causa* da *Universidad Nacional de la Amazonia Peruana*, Iquitos (Peru). É Diretor do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Göttingen. É igualmente Diretor do Centro de Estudos de Direito Penal e Processo Penal Latino-Americano da mesma Universidade. De 1991 a 2003, foi responsável pela Área de Direito Penal Internacional e Latino-Americano no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional de Friburgo, na Brisgóvia (Alemanha). Foi membro da delegação alemã na Conferência da ONU para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional Permanente, em Roma (Itália); membro consultor da delegação alemã na “Reunião Intercalar da Comissão Preparatória da ICC”, em Siracusa (Itália) e do círculo de trabalho *Humanitäres Völkerrecht* (Direito Internacional Humanitário) da Cruz Vermelha alemã. É juiz da Corte Especial da Haia para o Kosovo e *amicus curiae* da Jurisdição Especial para a Paz (JEP) na Colômbia.

Recentemente, no início de 2019, o autor publicou o livro “Direito Penal Nacional-Socialista – Continuidade e Radicalização” (*Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*), publicado pela editora Nomos. Uma edição

¹ Kai Ambos. *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*. Baden Baden, Nomos/Dike, 2019. Sobre o livro, ver: Jean Pierre Matus, *Buchrezension: Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht – Kontinuität und Radikalisierung*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, 161 pp. Em: ZIS, n.º 5, 2019, pp. 322-323. Ver também: Kai Ambos, *Nationalsozialistisches Strafrecht – Kontinuität und Radikalisierung*. Em: GA, 2019, pp. 220-228.

espanhola foi publicada pela Editorial Tirant lo blanch, de Valência (Espanha)². Além disso, há edições do livro em inglês e português.

2. “Direito Penal Nacional-Socialista”, de Kai Ambos, e “Doutrina Penal Nazista”, de Eugenio Raúl Zaffaroni

Kai Ambos inicialmente pretendia fazer uma revisão do livro “Doutrina Penal Nazista – A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945”, publicado pelo professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, em 2017³; no entanto, acabou escrevendo uma monografia sobre Direito Penal nacional-socialista. O livro de Zaffaroni, assim como o livro de Kai Ambos, são dedicados ao estudo do Direito Penal Nazista, baseados nas diversas publicações feitas por juristas durante a era nazista, fazendo uma distinção entre as diversas escolas de Direito Penal e seu papel na época⁴.

A extensa bibliografia utilizada no livro é notável, tanto da era nacional-socialista como dos períodos antes e depois desse regime. O diálogo com a doutrina latino-americana deve ser destacado não apenas por meio do comentário ao livro de Eugenio Raúl Zaffaroni, mas também do uso da doutrina, especialmente em relação às críticas às publicações de Hans Welzel durante o regime nazista, por vários autores latino-americanos. Este diálogo com a doutrina não alemã é raro em publicações alemãs, de modo que o próprio Kai Ambos, em outra publicação, se referiu à necessidade de superar o “presunçoso provincianismo” da dogmática alemã⁵.

3. Conteúdo do livro de Kai Ambos

O livro é composto de sete capítulos. O primeiro se intitula “Considerações Preliminares”, o qual menciona o livro de Eugenio Raul Zaffaroni “Doutrina Penal Nazista” e aponta que ambos têm sua própria abordagem da lei nazista como uma continuação das tendências autoritárias e antiliberais que vinham ocorrendo na Alemanha desde antes da República de Weimar. O segundo capítulo refere-se aos “Fundamentos do Direito Penal nacional-socialista”. O terceiro capítulo menciona

² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista* (Tradução: José R. Béguelin/Leandro Díaz), Valencia, Tirant lo blanch, 2020.

³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Doctrina Penal nazi – La dogmatica penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

⁴ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit..

⁵ Kai Ambos, *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Göttingen, Göttingen University Press/CEDPAL, 2016, pp. 4-30.

“A continuidade e a disputa das escolas (?)”, desenvolvendo especialmente a influência autoritária de Karl Binding e Franz von Liszt. O quarto capítulo se intitula “Direito Penal nacional-socialista e neokantismo”. O quinto capítulo se refere ao “Direito Penal nacional-socialista Autônomo da Escola de Kiel”. Neste capítulo, o autor desenvolve os aspectos mais relevantes da Escola. O sexto capítulo se intitula “Erik Wolf: das figuras do autor à teoria normativa do autor do crime estruturado em níveis”. Finalmente, o capítulo sétimo é chamado de “Consequências”. Kai Ambos rejeita a posição de Zaffaroni de que “o neokantismo abriu o caminho para o Direito Penal nacional-socialista” e de que “a ontologia finalista cunhada por Welzel superou definitivamente o Direito Penal nacional-socialista”.

4. A subordinação do judiciário à política e à polícia no nacional-socialismo

Um aspecto muito importante ao analisar o direito nacional-socialista é que o mesmo foi arbitrário, contrário à segurança jurídica e subordinado à política nacional-socialista do regime. Isto foi expresso, por exemplo, no princípio do *Führer* e na regulamentação da vontade do *Führer* como a fonte mais elevada, o que implicava a consagração da arbitrariedade e subordinação do legal ao policial, e, com isso, a tolerância de reações de fato. Kai Ambos, no primeiro capítulo de seu livro, refere-se ao fato de que “o ‘Direito Penal Judiciário’ foi classificado como uma luta policial contra o crime e foi amplamente subordinado a ele – organizacional e judicialmente”⁶.

Deve ser enfatizado que, especialmente nos anos de consolidação do Estado totalitário, enquanto as instituições da República de Weimar estavam sendo desmanteladas, o papel dos juristas era de natureza fundamental, a fim de consolidar o Estado totalitário. Os juristas, geralmente conservadores e antiliberais, estavam entusiasmados com a chegada dos nazistas ao poder e imediatamente se puseram a trabalhar para tentar moldar a nova lei, que deveria governar o regime nazista de acordo com princípios germânicos e autoritários, que não estavam isentos do caráter antisemita.

5. Radicalização e continuidade do Direito Penal nacional-socialista

Kai Ambos, no prólogo, aponta qual é a premissa básica de seu livro. Ele indica:

⁶ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 35-37.

Este artigo entende o Direito Penal nacional-socialista – em linha com a tese generalizada de radicalização, que aprofunda o desenvolvimento da tese de continuidade – como uma continuação racista (antisemita), nacional (“alemã”) e totalitária das tendências autoritárias e antiliberais do Direito Penal da virada do século e da República de Weimar⁷.

Mais adiante, diz no capítulo primeiro:

De uma perspectiva temporal, tanto a teoria da radicalização quanto a da continuidade se baseiam tanto numa perspectiva retrospectiva *quanto numa perspectiva prospectiva: o Direito Penal nacional-socialista não surgiu do nada e não desapareceu completamente em 1945*. Em termos históricos, o Direito Penal nacional-socialista não foi um episódio, mas parte de uma era de Direito Penal autoritário; este autoritarismo, é claro, não se limitou ao Direito Penal. Como veremos nas páginas seguintes, o Direito Penal autoritário teve suas raízes nos escritos dos teóricos do Direito Penal do século XIX e nos conceitos do pensamento idealista alemão e, portanto, teve sua origem muito antes da República de Weimar⁸.

É importante ter em mente, como aponta Kai Ambos, que o nacional-socialismo deve ser entendido em relação aos tempos antes da chegada de Hitler ao poder, inclusive aqueles anteriores à República de Weimar. O conservadorismo popular, que exerceu grande influência sobre os grupos conservadores da República de Weimar, data do Romantismo alemão do século XIX, que se baseou na rejeição da razão e do Iluminismo e que exaltou o místico e o orgânico, com uma orientação historicista e tradicionalista.

Sobre a continuidade acadêmica dos teóricos da lei nacional-socialista, depois de 1945, Kai Ambos indica:

Depois de 1945, houve uma continuidade pessoal de conteúdo também precisamente no mundo acadêmico-universitário⁹.

Acrescenta:

Tal continuidade explica não apenas o silêncio generalizado (“silêncio ensurdecedor”) – que tornou difícil, ou diretamente impossível, conduzir investigações sobre o legado nacional –, mas também a falta de responsabilidade de muitos dos juristas envolvidos, que foi aprovada nos mais altos níveis pela “*política de tabula rasa*” do governo

⁷ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 17.

⁸ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 38.

⁹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 140-141.

Adenauer. Do ponto de vista da filosofia moral, esta continuidade se deve ao fato de que a moralidade nacional-socialista estava tão fortemente ancorada na sociedade alemã que continuou a atravessá-la mesmo após o colapso, e assegurou a integração da sociedade do pós-guerra junto com os nacional-socialistas que continuaram a viver ali. Além disso, o “Novo Direito” (*das “neue Recht”*) vem reconstruindo continuamente o mito germânico em termos de identidade.

Também diz:

Neste clima, não foi propício à carreira dedicar-se cientificamente à pesquisa do legado do nacional-socialismo; cf., por exemplo, a referência de Herbert Jäger ao aviso de seu professor Henkel (*Jäger*, em Horstmann/Litzinger, 2006, p. 49) ou Hoyer, GS Eckert (2009), p. 351 (referindo-se a Jörn Eckert, “perigo” de ser marcado como “antialeião” por sua análise histórico-legal da escola em Kiel, entre outros). Antes de 1965, qualquer tentativa de realizar uma *habilitação* nesta área encontrava grandes obstáculos (Stolleis, 2016, p. 43).

O assunto da lei nazista e o envolvimento de professores alemães na sua legitimação foi durante várias décadas um assunto tabu na Alemanha, do qual não se escreveu sobre ou se escreveu com cautela. Os professores preferiram não escrever em letra de imprensa aquilo que preferiram esquecer. Tinham saudado a declaração de que a culpa pelo papel dos juristas foi realmente lançada aos pés do positivismo legal, como será mencionado adiante. Além disso, preferiram argumentar que sua função era conter o poder arbitrário do regime e que muitos dos institutos que vieram a ser impostos durante a era nazista não tinham realmente um caráter nacional-socialista, já que já haviam sido propostos na República de Weimar, por exemplo. Os discípulos dos professores que tinham exercido um cargo e publicado na época, ou que tinham participado como juizes, preferiram não lidar com o assunto, pois era algo que poderia levá-los a questionar seus tutores.

6. Karl Binding, Franz von Liszt e a luta das escolas

Com respeito aos autores de antes do nazismo, Kai Ambos dedica o terceiro capítulo à continuidade e disputa das escolas, fazendo referência às escolas clássicas e modernas, que discutiam em particular os fins da punição¹⁰. Ele se refere à

¹⁰ Sobre a disputa entre as escolas, ver: Carlos Elbert, *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la Política Criminal (1899-1919)*, Buenos Aires, Prosa, 2017, pp. 141-156.

influência autoritária que Karl Binding e Franz von Liszt exerceram sobre a doutrina nazista, apesar de também terem sido criticados na época. Refere-se ao conservadorismo e autoritarismo de ambos os autores¹¹.

Kai Ambos menciona a contribuição de Binding à concepção autoritária do Estado e, com ela, a consequência adicional da ideia do comando do *Führer*, isto a partir de seu conceito de regra, que implica obediência incondicional às regras como consequência da autoridade do Estado¹².

Kai Ambos cita o texto que Binding e Hoche publicaram em 1920 sobre a aniquilação da vida sem valor de vida¹³, que foi um precedente à prática secreta, sem base legal¹⁴, realizada no regime nazista da chamada eutanásia, por meio da qual, desrespeitando a dignidade humana, foi dito que vidas sem valor seriam destruídas, particularmente as dos idosos, dos gravemente doentes, dos portadores de deficiência, etc.

Também menciona Franz von Liszt, com base no programa Marburg, e sua influência na teoria nacional-socialista do Direito Penal da vontade e dos tipos de autor¹⁵. Ele diz:

Sua exigência de “inocular” criminosos incorrigíveis no âmbito de sua segunda via de um Direito Penal puramente de proteção e segurança (“*Programa de Marburg*”) não apenas preparou a teoria nacional-socialista, mas também a teoria nacional-socialista (Direito Penal do testamento) das figuras de autor (“*NS-Tätertypenlehre*”) intelectualmente, ou pelo menos liberou o campo para a subsequente legislação nacional-socialista sobre a inoculação de “parasitas do povo” (“*Volksschädlinge*”) por meio da Lei sobre Delinquentes Habituais¹⁶.

7. Fundamentos do Direito Penal nacional-socialista

No segundo capítulo, ao referir-se aos fundamentos do Direito Penal nacional-socialista, ele cita o racismo, o conceito de comunidade do povo, o Estado do *Führer*, o princípio do *Führer* e a exclusão. Também menciona o conceito material

¹¹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 99-100.

¹² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 100-101.

¹³ Karl Binding/Alfred Hoche, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (Tradução: Bautista Serigós), Buenos Aires, Ediar, 2009.

¹⁴ Cf. Kershaw, *Hitler. 1936-1945* (Tradução: José Manuel Álvarez), Barcelona, Península, 2000, p. 25; Ian Kershaw, *Hitler* (Tradução: Lucía Blasco), Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 178.

¹⁵ Cf. Franz von Liszt, *La idea del fin en el Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1990, pp. 63-76.

¹⁶ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 103-104.

de antijuridicidade, eticização, Direito Penal total e desformalização. Igualmente menciona, em relação à punição, a prevenção geral e o Direito Penal expiatório da vontade.

A este respeito, a natureza racial do Direito Penal nacional-socialista deve ser enfatizada como expressão do conceito de nascimento, que foi expresso no próprio conceito de “Comunidade do Povo”. Kai Ambos aponta que um dos princípios norteadores do direito nazista foi o racismo, que encontrou expressão no conceito de comunidade do povo e no princípio do *Führer*¹⁷.

Sobre a importância do conceito de comunidade do povo e seu caráter racial, Kai Ambos aponta, citando Roland Freisler, um dos mais radicais autores nazistas:

Roland Freisler, que também foi fortemente inspirado pelo modelo americano, fez do conceito de comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*) entendido como *raça e sangue* a base central do Direito Penal nacional-socialista. Vale a pena notar que, neste aspecto, no entanto, a comunidade do povo teve seus fundamentos no conceito de comunidade, que tem uma longa tradição no pensamento alemão e foi a base da política jurídica nacional-socialista e da ciência. Os nazistas invocaram a comunidade do *povo* de forma inflacionária e gradualmente deslocaram a ideia original de *comunidade*. O pensamento alemão (ariano, nórdico) foi considerado, de forma propagandística, como orgânico, concreto, baseado na vida e nas pessoas, entre outras coisas, e foi contrastado com o pensamento “romano-legal”, como liberal, racional, positivista, abstrato-conceptual, individualista, etc¹⁸.

A referência à comunidade do povo não envolvia apenas um caráter racial, mas também um caráter autoritário, uma vez que era usada em um sentido organicista, típico de uma concepção autopoietica, contrária aos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o nacional-socialismo assumiu obrigações para com a comunidade do povo, negando a existência de direitos de conter o poder do Estado, que considerava como excessos do Iluminismo e do individualismo. Kai Ambos aponta isso:

A importância aqui refletida da *comunidade do povo* – entendida no sentido racista e sanguíneo que acabamos de mencionar – nunca é de mais salientar: é o ponto de partida e a finalidade da lei nacional-socialista (criminosa), e seu objeto de proteção prioritária (cuja pureza deve ser preservada), em particular por meio das famigeradas “Leis de Nuremberga”. O *conceito de comunidade do povo* também serve como um ponto fixo normativo, mesmo como uma fonte de direito, por meio do proplado

¹⁷ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 77.

¹⁸ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 51-52.

“são sentimento do povo” (“*gesunde Volksempfinden*”). Tanto o indivíduo quanto o Estado são colocados ao serviço da comunidade do povo, com o resultado de que o indivíduo perde seu próprio propósito em si mesmo (e até mesmo sua identidade de classe) e é obrigado a ser leal; ao mesmo tempo, o Estado torna-se um Estado fascista e único – o que abandona a divisão tradicional entre o povo e o Estado¹⁹.

Depois do nacional-socialismo, os vários juristas que participaram do regime nazista, incluindo Karl Larenz e Hans Welzel, ficaram entusiasmados com a afirmação de Gustav Radbruch de que os juristas tinham ficado indefesos durante o nacional-socialismo devido à natureza profundamente enraizada do positivismo legal²⁰. Ele disse: “O positivismo, que poderia ser resumido na fórmula lapidar de ‘a lei é a lei’, deixou a jurisprudência alemã e o Judiciário indefesos contra todas aquelas crueldades e arbitrariedades que, por grandes que sejam, foram encarnadas pelos governantes da época em forma de lei [...]”²¹. Esta foi uma declaração muito importante, não só porque veio de um autor que estava associado ao positivismo legal, mas também porque Gustav Radbruch não era suspeito de ter colaborado com o regime nazista, mas era considerado um democrata, que havia sido demitido por esse regime como consequência de seu passado como ministro em um governo social-democrata e que, apesar de ter permanecido durante o período nazista na Alemanha, não havia colaborado com o nazismo. Kai Ambos se refere ao que Gustav Radbruch disse no capítulo quarto:

Esta tese do positivismo ou impotência de Radbruch é, de fato, um mito positivista, visto que o próprio nacional-socialismo, como explicado acima, lutou contra o positivismo por seus efeitos restritivos, principalmente recrutando juízes como operadores do “pensamento jurídico natural”, pervertido pelo racismo e pela ideologia

¹⁹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 62-63.

²⁰ Assinala Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno: “Não deixa de ser revoltante que juristas tão importantes como Karl Larenz ou Hans Welzel, depois de terem criticado o positivismo jurídico nesse período, ousassem atribuir-lhe a responsabilidade pelos acontecimentos ocorridos durante o regime nacional-socialista”. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo – La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 90-91. Ver também: Manuel Atienza, *Prólogo*. Em: Iñigo Ortiz de Urbina Jimeno, *La excusa del positivismo – La presunta superación del “positivismo”* cit., pp. 11-18; Monika Frommel, *Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit*. Em: JZ, N.º 19, 2016, pp. 915-916, nota 11.

²¹ Cf. Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 178-179. Ver também: Gustav Radbruch, *El hombre en el Derecho* (Tradução: Aníbal del Campo), Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 134.

popular; a lei deveria ser apenas estritamente vinculativa como legislação nacional-socialista, especialmente os mandados do *Führer*. Portanto, hoje se reconhece que a conformidade dos advogados alemães com os mandados do nacional-socialismo originou-se de uma combinação de “um positivismo jurídico pervertido... e uma ‘lei natural pervertida’”. Além disso, no período pós-guerra muitos juristas (com orientações nacional-socialistas) travaram retrospectivamente uma batalha contra o “homem de palha” do positivismo, como se fosse uma batalha contra o pensamento jurídico nacional-socialista, e depois de 1945 eles se dedicaram a renovar a lei com uma abordagem de lei natural, a fim de terceirizar sua responsabilidade e transferir sua própria culpa. Consequentemente, a “tese da indefensabilidade” transformou vítimas da perseguição nacional-socialista, como Kelsen ou Radbruch, em perpetradores de perseguição e serviu como argumento contra a punição da perversão do desenvolvimento da administração da justiça e para a reabilitação do sistema judiciário nacional-socialista como um todo²².

Como indicado por Kai Ambos, o nacional-socialismo lutou contra o positivismo legal, que era considerado uma sobra liberal e, portanto, inadmissível.

A importância do princípio do *Führer* deve ser enfatizada como a fonte mais importante durante o nacional-socialismo. A vontade do *Führer* poderia ser indicada mesmo em discursos e até em conversas particulares²³.

O princípio do *Führer* desempenhou um papel importante dentro da Escola de Kiel, mas foi um princípio que a transcendeu, uma vez que era geralmente aceito como a fonte mais alta no *ranking* nacional-socialista. Este princípio levou à negação do princípio da independência judicial e à concepção do *Führer* como o juiz supremo.

Além disso, levou à opinião de que o *Führer* melhor expressava a vontade da comunidade popular e era, portanto, o melhor intérprete do povo.

O princípio do *Führer* o levou a não estar vinculado por formas legais e a justificar ações de fato, ou seja, arbitrariedade total, que encontrou expressão na “Noite das Facas Longas”²⁴. Carl Schmitt, mencionado por Kai Ambos²⁵, justificou

²² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 149.

²³ Sobre isso: Friedemann Bedürftig, *Lexikon III Reich*, Hamburgo, Carlsen, 1994, p. 142. Sobre o princípio do *Führer* no nacional-socialismo, ver em particular: Dieter Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, pp. 77-116; Sampay, *El Estado nacional-socialista alemán*. Em: Revista Jurídica Argentina, N.º 18, 1940, pp. 144-145; Benedikt Hartl, *Die nationalsozialistische Willenstrafrecht*, Berlin, Weissensee Verlag, 2000, pp. 45-46; Wolfgang Benz/Hermann Graml/Hermann Weiß (Editores), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, Nördlingen, Deutsche Taschenbuch Verlag, 2001, pp. 475-476; Javier Llobet Rodríguez, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018, pp. 101-110.

²⁴ Assinala Álvaro Lozano que, a partir do caso Röhm, o Estado Constitucional alemão passou definitivamente à história. Indica que tal implicou que o poder do *Führer* não se encontrava

este massacre ao publicar um artigo intitulado: “O *Führer* protege a lei”²⁶. Ele disse que o *Führer* (líder) era o juiz máximo, portanto, ao proteger a lei do pior abuso, tendo em vista o perigo, referindo-se à “Noite das Facas Longas” e às mortes ordenadas por Hitler ali, ele criou a lei. A independência do juiz não significa independência da liderança política, pois se o juiz recebesse poder independente, ele se tornaria um instrumento de um anti-*Führer*²⁷.

Desta perspectiva, argumentou-se que o poder do *Führer* não estava sujeito a garantias e controles, mas era independente, exclusivo e ilimitado²⁸. Isto foi expresso na chamada solução de eutanásia, que não encontrou nenhuma justificativa legal, mas apenas em uma nota posterior de Hitler, enviada em particular. Acrescenta-se que o genocídio sistemático e planejado dos judeus e outros grupos sociais nunca foi expresso de forma normativa, de modo que nem mesmo uma ordem escrita de Hitler pode ser encontrada a este respeito.

No caso dos advogados, incluindo representantes da Escola de Kiel, o princípio do *Führer* foi concebido como a fonte final de interpretação da lei, como uma expressão de antiformalismo. Este princípio fazia parte da fuga das cláusulas gerais, sendo o princípio mais importante dentro delas. Nele, encontrou-se refúgio no princípio da antijuridicidade material, antipositivismo e antiliberalismo do nacional-socialismo.

Uma expressão da fuga das cláusulas gerais é encontrada na eliminação da proibição da analogia, de acordo com a reforma do parágrafo 2 do Código Penal, prevista em 28 de junho de 1935, na medida em que permitia o recurso ao sentimento saudável do povo para punir criminalmente condutas semelhantes àquelas previstas no Código Penal como delito²⁹.

Kai Ambos diz, no segundo capítulo, sobre a relação entre a antijuridicidade material, o antipositivismo e a eticização do Direito Penal nazista:

restringido pelas normas de Direito positivo, nem pelas leis morais anteriores à fundação do novo Estado. Álvaro Lozano, *El laberinto nazi*, España, Melusina, 2013, p. 19.

²⁵ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 75-76. Veja-se, em particular, notas 163-164.

²⁶ Cf. Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*. Em: DJZ, Heft 15, 1934, pp. 946-950. Sobre este artigo, ver: Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, C. H. Beck, 1989, pp. 120-125; Bernd Rüthers, *Derecho degenerado – Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* (Tradução: Juan Antonio García Amado), Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 141-144.

²⁷ Sobre isso, ver: Miguel Fenech, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, pp. 134-135.

²⁸ Acerca do princípio do *Führer*, é representativo o estudo de: Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*. In: DJZ, Heft 15, 1934, pp. 946-950.

²⁹ Sobre a relação entre o conceito substantivo do delito e a regulamentação da analogia: Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 78-79.

Como resultado, o dualismo entre costume (moralidade) e lei foi rejeitado e, em vez disso, uma perfeita eticização da lei (criminal) foi favorecida. Em resumo, o fator decisivo foi uma base antipositivista (material) da lei, encarregada da eticização popular – ou seja, baseada em uma compreensão mística da nação e raça alemãs e uma conceituação metafísica do ser e da vida (que será discutida mais detalhadamente no capítulo quarto, com relação ao papel e influência do neokantismo) – com base no são sentimento do povo, que deveria ser transmitido pelo *Führer*³⁰.

8. O Direito Penal nacional-socialista e o neokantismo

No capítulo quarto, Kai Ambos se refere ao Direito Penal nacional-socialista e *neokantiano* e critica fortemente a identificação de Zaffaroni do neokantismo como legitimador da lei nazista, em especial a questão de ele não fazer distinção entre as diversas correntes neokantistas, que não constituíam um movimento acabado, pois eram um movimento político com múltiplas ramificações³¹. Kai Ambos faz uma forte crítica à ligação estabelecida por Zaffaroni entre o *neokantismo* e o Direito Penal nacional-socialista, não levando em conta as várias correntes do neokantismo. Acrescenta que não considera, por exemplo, que a maioria dos *neokantianos* havia morrido antes da chegada ao poder do nacional-socialismo, e Gustav Radbruch, Max Grünhut e James Goldschmidt foram demitidos de professores com a chegada ao poder do nacional-socialismo³².

Neste capítulo, Kai Ambos se refere a Edmund Mezger, baseado na importância que lhe foi dada por Eugenio Raúl Zaffaroni, como o mais relevante neokantiano de inspiração nacional-socialista³³. Kai Ambos menciona a orientação racista e populista da nova lei penal de acordo com Edmund Mezger. Ele diz:

O próprio Mezger, como vimos acima, havia destacado desde cedo a orientação racista e populista e a “nova” lei penal; ele havia detectado “grupos típicos de inimigos da sociedade”, tinha exigido a “separação da comunidade do povo das partes prejudiciais ao povo e à raça” (“*Ausscheidung volksschädlicher Bestandteile*”) e caracterizado o Direito Penal – como Freisler – como “lei combativa para a proteção e desenvolvimento do povo” (“*Kampfrecht zum Schutz und zur Entfaltung des Volkes*”). A lei penal teria a tarefa especial de educar legalmente o compatriota do povo e

³⁰ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 85.

³¹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 129.

³² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 110.

³³ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 111.

expiar os crimes de acordo com a culpa de seus autores, a fim de salvaguardar a lei e a justiça³⁴.

Muito importante em relação a Edmund Mezger é seu conceito de culpa pela condução da vida³⁵, com o qual ele defendeu o agravamento da pena por reincidência, o que implica a assunção de uma concepção adequada de uma lei penal de autoria, mas integrando-a ao conceito de culpa³⁶. Sobre o conceito de culpa pela condução da vida, de Mezger, Kai Ambos aponta:

A culpa em si deve ser medida não apenas de acordo com o ato (lei criminal do ato), mas também com a essência e personalidade do autor (lei criminal da autoria), mais precisamente de acordo com a culpa pela condução e decisões da vida (*Lebensführungs- und Entscheidungsschuld*), na qual, embora Mezger não tenha abjurado explicitamente o conceito de culpa, ele o fez avançar infinitamente – ainda mais do que com a *actio libera in causa*. Por fim, coube ao juiz avaliar, à luz da ideologia do povo, a condução da vida do autor, tal como expressa no ato. Desde que ele seguisse as regras nacional-socialistas, o juiz poderia excluir da comunidade do povo, como “culpados”, aqueles que tinham levado uma “vida ruim”³⁷.

Com relação a Edmund Mezger, é importante notar que ele esteve envolvido com Franz Exner na elaboração da Lei dos Estranhos à Comunidade, de 1944³⁸. Kai Ambos se refere a este projeto de lei no capítulo quinto:

Talvez a tentativa mais importante, ou pelo menos a que eu conheço, de legislar uma lei penal de puro espírito possa ser encontrada no projeto nacional-socialista de uma “*Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*” (“Lei sobre o Tratamento de Estranhos à Comunidade”), em que, entre outros, um “grupo de criminosos” (“*Verbrechergruppe*”) foi definido com base na “personalidade e estilo de vida” de seus

³⁴ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 111-112.

³⁵ Edmund Mezger, *Der Straftat als Ganzes*. Em: ZStW, 1938, p. 675 ss. Veja-se: Gerit Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. 2000, pp. 201-211.

³⁶ Sobre isso, ver: Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger, Tratado de Derecho penal*. Em: Revista Penal, N.º 26, 2010, pp. 245-246; Francisco Muñoz Conde, *Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho Penal alemán (II)*. Em: Revista Penal, N.º 24, 2009, p. 248; Gerit Thulfaut, *Continuidad en la dogmática del derecho penal ¿un “problema personal”? La carrera de Edmund Mezger*. Em: Revista Penal, N.º 13, 2000, pp. 289-290.

³⁷ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 113-114.

³⁸ Cf. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 168-250.

membros, o que mostra que sua “mentalidade está focada na prática de crimes graves (criminosos hostis à comunidade e criminosos por inclinação”³⁹.

Como parte do neokantismo, desenvolveu-se a Escola Marburg, liderada por Erich Schwinge e Zimmerl, que se tornaram os principais antagonistas da Escola de Kiel. Na realidade, como diz Kai Ambos, não houve tal discussão em nível ideológico, já que ambos defendiam os postulados da lei nazista⁴⁰.

Kai Ambos se refere ao fato de que cada um dos autores da corrente neokantista deve ser investigado separadamente para determinar qual foi seu comportamento pessoal diante do nazismo, e isto não pode ser generalizado⁴¹. Ele reconhece que Mezger, Schwinge e Zimmerl poderiam ter sido influenciados pelo neokantismo, como muitos professores o foram no início do século 20, mas não poderiam ser catalogados como os representantes mais significativos do neokantismo, e até mesmo cataloga Schwinge como mais significativo no Direito Penal do que Mezger.

Ele até menciona que os neokantianos de esquerda, com uma orientação jurídico-filosófica, podem, em sua maioria, ser classificados como vítimas da opressão nacional-socialista⁴². Aponta também que outros neokantianos ou alinharam com o regime ou o apoiaram ativamente, por exemplo Georg Dahm e Erik Wolf⁴³.

9. O Direito Penal nacional-socialista na escola de Kiel

No capítulo quinto, Kai Ambos desenvolve o Direito Penal nacional-socialista autônomo na Escola de Kiel. Esta escola foi dirigida em Direito Penal por dois jovens advogados: Georg Dahm e Friedrich Schaffstein. Pouco antes de o nacional-socialismo chegar ao poder, eles haviam escrito o livro “Direito Penal Liberal ou Direito Penal Autoritário. Renovação do Direito Penal antiliberal”⁴⁴. Ele ressalta que Dahm e Schaffstein expandiram os fundamentos políticos criminosos do novo pensamento criminal, ou seja, da ideologia nacional-socialista, do Estado popular e do Estado absolutamente racista do *Führer*, bem como a normalização do seu mandato. Kai Ambos ressalta que Georg Dahm e Friedrich Schaffstein desenvolveram

³⁹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 197, nota de rodapé 666.

⁴⁰ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 184-186.

⁴¹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 131.

⁴² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 139.

⁴³ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 139.

⁴⁴ Georg Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hamburgo, 1933; Georg Dahm/Schaffstein, *¿Derecho penal liberal y Derecho Penal autoritario?* (Traducción: Leonardo G. Brond), Buenos Aires, Ediar, 2011.

posteriormente seu sistema de Direito Penal nacional-socialista em numerosos trabalhos individuais.

Kai Ambos, ao desenvolver o pensamento da Escola de Kiel, menciona a crítica ao princípio da legalidade e à defesa da sujeição ao princípio do *Führer* como forma de superação do formalismo. Kai Ambos também se refere à importância da lealdade e do dever dentro da Escola de Kiel e sua relação com o caráter eticista do Direito Penal, o que fazia parte da superação do contraste entre o Direito Penal do fato e o Direito Penal do autor⁴⁵. Isto levou a uma crítica da Escola de Kiel à proteção dos bens jurídicos pela lei⁴⁶ e à concepção do crime como um ato de traição e deslealdade à comunidade do povo⁴⁷.

Georg Dahm desenvolveu em particular a teoria dos tipos normativos de autor, tendo como pano de fundo Erik Wolf, que Kai Ambos trata no sexto capítulo de seu livro. Em 1932, Erik Wolf havia tratado de “A Essência do Autor”, desenvolvendo ideias sobre o conceito de tipos de autor. Mais tarde, em 1936, Erik Wolf voltou ao assunto com o artigo “Tipo de Fato e Tipo de Autor”⁴⁸. Kai Ambos indica ambos, referindo-se a Georg Dahm:

Segundo Dahm, isto depende do papel e da posição do autor na comunidade – “as condições externas em que ele vive, a filiação a uma determinada profissão ou posição, etc.” – e de sua avaliação. Trata-se – em contraste com uma “ênfase demasiadamente unilateral na essência do autor” – de objetivar a essência do ato concreto que resulta da ordem moral do povo (união entre a intuição das essências e a lei penal da vontade), de “aprofundar e compreender corretamente a lei penal do ‘ato’ através da figura do autor”, de uma figura de autor ajustada – à “representação do assassinato,

⁴⁵ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 181-183.

⁴⁶ Contra a caracterização do Direito Penal como protetor de bens jurídicos, ver também: Friedrich Schaffstein, *Das subjektive Recht im Strafrecht*. Em: *Deutsches Rechtswissenschaft*, 1936, pp. 39-49; Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung? (1935)*. Em: Thomas Vorbaum (Editor), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Tomo II, 1993, pp. 258-264. Sobre a recusa do Direito Penal como proteção de bens jurídicos durante o nacional-socialismo: Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1980, pp. 50-56; Víctor Gómez Martín, *El Derecho Penal del autor*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, pp. 142, 194-219; Gonzalo Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2004, pp. 31-33.

⁴⁷ Cf. Georg Dahm, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, Em: ZStW, 1938, p. 225 ss.; Georg Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935, pp. 14 e 18.

⁴⁸ Sobre isso: Víctor Gómez Martín, *El Derecho Penal del autor*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, pp. 123-135; Francisco Castillo González, *El bien jurídico penalmente protegido*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 117-119.

do ladrão, que vive na aldeia”, de uma “representação da personalidade”, de uma “imagem humana”, de uma figura criminosa, de um “fato e autor como unidade”, ou seja, em última instância, de um “certo ser da comunidade”, que finalmente tem que ser moldado também por meio do reconhecimento legal de certas figuras de autor⁴⁹.

A concepção de tipos normativos de perpetradores foi baseada no fato de que não bastava que a conduta fosse legalmente prevista como crime, mas também que o perpetrador tivesse que se adequar às características de tal, o que estava relacionado ao conceito material do crime e levou à exclusão da punição daqueles que agiram de acordo com uma consciência nacional-socialista⁵⁰.

Deve notar-se que o conceito substancial de crime no nacional-socialismo, assim como a teoria dos tipos normativos de perpetradores, além da extensão da punibilidade de acordo com os princípios do regime, também tinha a função de limitar tal punibilidade quando a ação, apesar de estar dentro da estrutura do tipo criminoso, estava de acordo com os princípios do nacional-socialismo. Esta é uma das características do nacional-socialismo, e a teoria da adequação social de Hans Welzel também deve ser entendida neste sentido⁵¹. De acordo com Georg Dahm, ele foi capaz de fazer um bom trabalho de limpeza no sistema de justiça de quaisquer casos incomuns. Entretanto, considerou que a teoria da adequação social não era de forma alguma suficiente para substituir a relação com o tipo de autor (*Tätertyp*)⁵². Kai Ambos, a este respeito, menciona a teoria da adequação social e alcança resultados similares aos formulados por Georg Dahm. Ele diz:

⁴⁹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 193-194.

⁵⁰ Cf. Georg Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940, pp. 39 e 44. Acerca da teoria dos tipos normativos de autor, ver: Schönke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., München, C. H. Beck, 2014, Vorberm. § 13 ss., N.º 5, p. 139; Jürgen Baumann/Ulrich Weber, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2014, Par. 10, 3, a), pp. 112-113; Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Tradução: Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz/García Conlledo/Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, Par. 6, N.º 3, pp. 181-184.

⁵¹ Sobre isso: Javier Llobet Rodríguez, *Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado*. Em: Llobet/Chirino. *Principio de oportunidad y persecución de la delincuencia organizada*, San José, Areté, 2000, pp. 27-34; Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, Heidelberg, C. F. Müller, 1983, Par. 662, pp. 315-316; Joachim Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin, Berlins Wissenschaft-Verlag, p. 74; Sergio Politoff, *Adecuación social y terror en América Latina, el papel de la justicia*. Em: *Derecho Penal y Criminología* (Colombia), N.º 22, 1984, pp. 73-75, pp. 73-75.

⁵² Georg Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, cit., pp. 44-45.

Note-se no passado que Hans Welzel atinge o mesmo resultado através de sua doutrina de adequação social (“*Sozialadäquanz*”) porque “em situações de guerra em combate” as “ações apropriadas e normais na guerra não são [subsumidas] a tipos criminosos de antemão”; finalmente “a ideia de que o exército, na luta entre a vida e a morte, realizaria vários tipos de criminosos – embora de uma forma que esteja de acordo com a lei – [seria] absurda de mais e construída no papel, tanto que não poderia ser correta”⁵³.

10. Críticas a Zaffaroni sobre o papel de Hans Welzel durante o nacional-socialismo

O sétimo capítulo é chamado por Kai Ambos de “Consequências”. Nele, é feita uma forte crítica ao livro de Zaffaroni, no que diz respeito à tese em que apresenta Hans Welzel como o vencedor da lei penal nacional-socialista (neokantiana)⁵⁴.

Kai Ambos analisa vários textos de Hans Welzel⁵⁵, desde sua tese de habilitação “Naturalismo e Filosofia de Valores em Direito Penal”, de 1935⁵⁶, até à edição do Manual de Direito Penal, de 1944⁵⁷ e o artigo “Sobre o Conceito Substancial de Direito Penal”⁵⁸. Inclui referências a dois dos textos mais nacional-socialistas de Hans Welzel: o artigo “Sobre os fundamentos da Filosofia de Estado de Hegel”⁵⁹, de 1937, e “Sobre a honra das comunidades”⁶⁰, de 1938.

Kai Ambos faz uma forte crítica à posição acrítica de Eugenio Raúl Zaffaroni em relação ao papel de Hans Welzel durante o regime nazista, não levando em conta em sua bibliografia vários autores latino-americanos, com exceção de Jean Pierre Matus⁶¹.

A posição acrítica de Eugenio Raúl Zaffaroni deve ser enfatizada a este respeito. Em publicações anteriores, ele havia argumentado que Hans Welzel não era um nacional-socialista⁶² e que ele havia agido como uma contenção autoritária, baseado

⁵³ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 192.

⁵⁴ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 221-222.

⁵⁵ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 224-232.

⁵⁶ Hans Welzel *Naturalismus y Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim/Berlin/Leipzig, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH, 1935.

⁵⁷ Hans Welzel, *Die Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlin, Walter de Gruyter, 1944.

⁵⁸ Hans Welzel, *Über den substancialen Begriff des Strafgesetzes*. Em: *Probleme der Strafrechtserneuerung – Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, Verlag Walter de Gruyter & Co, 1944, pp. 101-119.

⁵⁹ Hans Welzel, *Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels*. Em: Schürmann, Arthur (Compilador), *Volk und Hochschule im Umbruch*, Oldenburg/Berlin, 1937, pp. 87-104.

⁶⁰ Hans Welzel, *Über die Ehre von Gemeinschaften*. Em: ZStW, 1938, pp. 28-52.

⁶¹ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 234-237.

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni (s.f.), *Entrevista al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_zaffaroni.php.

em sua teoria de estruturas lógicas objetivas como um limite para o legislador⁶³. Zaffaroni também havia negado qualquer conexão entre a teoria finalista de Hans Welzel e a Escola de Kiel⁶⁴. Ele havia apontado que não alegava ter uma lei penal de autoria nem apoiava uma concepção unitária do crime, mas defendia uma “*corrente bem analisada, possuindo uma teoria claramente estratificada*”⁶⁵. Havia indicado que embora o finalismo tenha surgido na era nacional-socialista, isso não significa que ele tenha participado dessa corrente. Havia assinalado também que Welzel não tinha a intenção de apoiar a Escola de Kiel, mas sim de corrigir dogmaticamente os erros que essa havia explorado politicamente⁶⁶. Zaffaroni também havia dito em outro texto que, na época em que Welzel escreveu, os direitos humanos ainda não haviam sido positivados⁶⁷.

No livro “Doutrina Penal nazista – A dogmática penal alemã entre 1933 e 1945”, Eugenio Raúl Zaffaroni não muda o que havia dito anteriormente. Ele indica que não era um penalista oficial e que não desempenhou um papel de destaque na época, e muitos de seus detalhes são respostas à Escola de Kiel, e que ele foi confrontado com ela. Diz também que, embora os representantes da Escola de Kiel tenham invocado as publicações de Hans Welzel, isto se deveu ao fato de que eles exploraram qualquer crítica à construção neokantista. O autor ainda reitera a importância da elaboração, por Hans Welzel, das estruturas lógicas objetivas⁶⁸. Destaca-se no livro a forma breve com que ele trata o papel de Hans Welzel durante o regime nazista e a ausência de qualquer análise dos textos que ele escreveu naquela época.

Deve notar-se, o que é frequentemente mencionado pela doutrina latino-americana, assim como Eugenio Raúl Zaffaroni, que Hans Welzel, durante o regime nazista, tentou conter o autoritarismo do regime, e a teoria das estruturas lógicas objetivas é mencionada, o que foi esboçado em um artigo publicado por Hans Welzel, “Sobre Avaliações em Direito Penal”, em 1933⁶⁹. Kai Ambos aponta:

⁶³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Prólogo*. Em: Juarez Tavares, *Teoría del injusto penal*, San José, Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 20-21.

⁶⁴ Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 47.

⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del delito*, cit., p. 47.

⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 333.

⁶⁷ Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Prólogo*, cit., pp. 20-21.

⁶⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Doctrina penal nazi*, cit., pp. 287-289.

⁶⁹ Ver também: Sergio Moccia, *El Derecho Penal entre ser y valor*, Buenos Aires/Montevidéo, BdeF, 2003, p. 19.

Zaffaroni é fiel ao fim ortodoxo e mantém a narrativa generalizada – especialmente nos círculos jurídicos de língua espanhola – de que Welzel teria rejeitado tacitamente o nacional-socialismo e que suas estruturas lógico-objetivas provaram ser um baluarte contra todas as leis penais autoritárias, incluindo sua variante nacional-socialista. Esta apresentação completamente acrítica de Welzel, entretanto, não resiste a uma análise realista de seus escritos publicados entre 1933 e 1945 – independentemente dos motivos pessoais de Welzel⁷⁰.

O que Kai Ambos diz é certo. No período pós-guerra, Hans Welzel estabeleceu o respeito à dignidade humana como principal estrutura lógico-objetiva, mas isto não foi sustentado enquanto o nacional-socialismo estava no poder. Apesar de Eugenio Raúl Zaffaroni, como Hans Welzel⁷¹, tentar encontrar antecedentes para a formulação das estruturas lógico-objetivas no texto mencionado em 1933, a verdade é que a concepção de Welzel durante o regime nazista não era a favor do princípio da dignidade da pessoa humana, mas estava de acordo com os postulados do regime nazista, o que implicava não só a prioridade da comunidade sobre o indivíduo, mas também a discriminação contra aqueles que não faziam parte da Comunidade do Povo.

Apesar do conteúdo nacional-socialista das publicações de Hans Welzel durante o regime nazista, Kai Ambos reconhece que elas não eram de forma alguma tão radicais quanto as correspondentes à Escola de Kiel, de modo que não podem ser classificadas como “literatura de combate” nacional-socialista, título que Kai Ambos reserva para a Escola de Kiel⁷².

Conclusões

O livro de Kai Ambos “Direito Penal Nacional-Socialista – Continuidade e Radicalização” implica uma contribuição de grande importância para a compreensão

⁷⁰ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., pp. 224-225.

⁷¹ Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal* (Tradução: José Cerezo Mir), Barcelona, Ariel., 1964, pp. 30-31. Este texto faz parte do prólogo da quarta edição, publicada em 1960. Sobre isso: Fritz Loos, *Hans Welzel (1904-1977). La búsqueda de los suprapositivo en el Derecho*, Em: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009, www.zis-online.com, p. 230, que diz que “no artigo inicial ‘Sobre Wertungen im Strafrecht’, já encontramos os pontos de vista decisivos para a teoria das estruturas lógicas objetivas”. Fritz Loos indica que, no entanto, foi possivelmente na primeira edição de seu livro “*Naturrecht*”, em 1951, que ele usou pela primeira vez o termo “estruturas lógico-objetivas”.

⁷² Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 237.

do Direito Penal nazista, a partir de seus fundamentos e do vínculo entre o Direito Judicial e o Direito Policial. A compreensão do Direito Penal nazista do ponto de vista de seu contexto histórico deve ser destacada como um aspecto essencial, bem como sua continuidade, mesmo após a queda do regime nazista.

Um dos aspectos que deve ser destacado no livro é o diálogo com a doutrina latino-americana, que não é muito comum na Alemanha, baseado nas críticas ao livro de Eugenio Raúl Zaffaroni “*Doctrina penal nazi: La dogmática penal alemana entre 1933 e 1945*”. Com base na revisão do livro de Zaffaroni, Kai Ambos escreveu uma monografia sobre o Direito Penal Nacional-Socialista, com amplo uso da literatura da época, bem como da literatura anterior e posterior ao nazismo, incluindo também o estudo da literatura latino-americana, especialmente em relação ao papel de Hans Welzel. É justamente em relação às publicações de Hans Welzel durante a era nazista que Kai Ambos faz a mais forte crítica a Eugenio Raúl Zaffaroni, demonstrando, por meio das citações da tese de habilitação de Hans Welzel, de seu Manual de Direito Penal e de vários artigos publicados por Welzel, o caráter nacional-socialista de sua concepção de Direito Penal, apesar de não ter o radicalismo para ser catalogado como “literatura de combate” nacional-socialista, título que Kai Ambos reserva para a Escola de Kiel.

Importante com relação ao livro de Kai Ambos é a forma como ele termina, mencionando que ele tem a esperança, compartilhada com Eugenio Raúl Zaffaroni, de que sua publicação fortalecerá o ceticismo em relação ao Direito Penal autoritário e desumano, inclusive e especialmente na América Latina⁷³.

⁷³ Kai Ambos, *Derecho Penal nacionalsocialista*, cit., p. 240.