

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Marcello Pellini Trotta

**O POSITIVISMO JURÍDICO ENSEJOU AS ARBITRARIEDADES COMETIDAS
PELO DIREITO NAZISTA?**

**PORTO ALEGRE
2020**

Marcello Pellini Trotta

**O POSITIVISMO JURÍDICO ENSEJOU AS ARBITRARIEDADES COMETIDAS
PELO DIREITO NAZISTA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul, como parte dos requisitos
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

PORTO ALEGRE

2020

Marcello Pellini Trotta

**O POSITIVISMO JURÍDICO ENSEJOU AS ARBITRARIEDADES COMETIDAS
PELO DIREITO NAZISTA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul, como parte dos requisitos
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Porto Alegre, aprovado em 24 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira
Orientador
UFRGS

Prof. Me. Henrique Montagner Fernandes
UFRGS

Prof. Me. Denis Guilherme Rolla
UFRGS

RESUMO

O presente trabalho busca analisar se o positivismo jurídico foi o responsável pelas atrocidades cometidas pelo Direito Nazista. Para tanto, ao longo do trabalho, foram expostas as principais ideias do juspositivismo, utilizando, como base maior, a figura de Hans Kelsen, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico, o qual vivenciou, concretamente, o início das arbitrariedades perpetradas pelo regime de Hitler, haja vista ter sido destituído de sua cátedra em Colônia, no ano 1933, quando os judeus foram proibidos de ocuparem cargos no serviço público alemão. Ademais, o trabalho expõe as características do Estado nazista, bem como o Direito aplicado pelo regime, a fim de ficar demonstrado a teoria do Direito nazista, bem como a pouca importância que o nacional-socialismo conferia ao Direito, o qual, apesar de sofrer reformas, era visto como limitador do poder nazista. Por fim, o trabalho irá se deter na análise do sistema penal subterrâneo, desenvolvido pelos nazistas, bem como no estudo do Direito Penal Nazista. A metodologia utilizada foi embasada no método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Nazista, Positivismo Jurídico, Hans Kelsen, Sistema Penal Subterrâneo.

ABSTRACT

The paper seeks to analyze whether the legal positivism was the responsible for the atrocities perpetrated by the Nazi Law. Therefore, throughout the paper, the principal ideas of legal positivism were exhibit, taking, in grand scale, the thoughts of Hans Kelsen, one of the biggest exponents of legal positivism, who's lived, concretely, the beginning of arbitrariness perpetrated by Hitler's regime, considering he was deposed of his chair in Colony, in 1933, when the jews were prohibited to hold public positions. Furthermore, the paper exposes the characteristics of the Nazi Estate, as well as the Law applied by the regime, in order to demonstrate the Nazi legal theory and the small importance that national socialism has given to the Law, which, despite the reforms, was seen as a restraining barrier of the Nazi power. Finally, the work will restrain itself in the analysis of the underground penal system, developed by the nazis, as well as in

the study of Nazi Criminal Law. The work's methodology was based in the deductive method, through bibliographic research.

Keywords: Nazi Law, Legal Positivism, Hans Kelsen, Underground Penal System.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O POSITIVISMO JURÍDICO.....	8
2.1	A Teoria Pura do Direito	9
2.2	O conceito de Direito	9
2.2.1	As semelhanças entre o Direito e a Moral.....	11
2.2.2	As diferenças entre o Direito e a Moral	12
2.3	A Interpretação do Direito pelo Órgão Judiciário.....	16
2.4	A Norma Fundamental como base do Direito Positivo	18
2.4.1	A Questão Da Legitimidade	19
2.4.2	A Questão Da Validade	20
2.5	O Estado de Direito	21
3	A TOMADA DE PODER PELO REGIME NAZISTA E A DERROCADA DO ESTADO DE DIREITO NA ALEMANHA	22
4	A TEORIA DO DIREITO NAZISTA	30
4.1	O Romantismo Jurídico e a Criação de um Direito Alemão	30
4.2	A Comunidade do Povo	33
4.3	O princípio do <i>Führer</i>	37
5	O POSITIVISMO JURÍDICO E O REGIME NAZISTA	42
6	O ESTADO NAZISTA E AS ATUAÇÕES DE FATO.....	49
6.1	Os instrumentos de repressão policial nazistas	50
6.2	O desenvolvimento do sistema penal subterrâneo nazista.....	53
6.3	A Reclusão de Proteção Policial (<i>Schutzhaft</i>) e a Reclusão Preventiva Policial (<i>Vorbeugungshaft</i>).....	56
7	O Direito Penal alemão à época do nazismo	59
7.1	A Comunidade do Povo como peça fundamental do Direito Penal Nazista.....	61

7.2	A inobservância ao Princípio da Legalidade	62
8	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará esclarecer se o positivismo jurídico ensejou, em alguma medida, as atrocidades cometidas pelo regime nazista, entre 1933 e 1945, tendo em vista que, frequentemente, se pensa que as barbáries perpetradas pelo regime buscaram legitimidade na lei posta (positiva), a fim de justificar que os seus atos estavam de acordo com a ordem normativa vigente, sendo, portanto, legais.

Este pré pensamento decorre, pois, para o positivismo jurídico, toda a ordem normativa é válida se conforme com a norma fundamental que a criou, de maneira que todos os ordenamentos jurídicos, inclusive aqueles provenientes de regimes totalitários, eram entendidos como válidos, sob esta ótica.

Entretanto, como se passará a discutir, é possível cogitar que o regime nazista, bem como o seu Direito, embora válidos aos olhos positivistas, não se utilizaram deste conceito como forma de impor sua ideologia, haja vista que, à época, a justificação buscada pelo regime se encontrava em conceitos morais, raciais e políticos, ou seja, em postulados estranhos à ciência pura do direito, a qual, em seu estudo, buscou entender a validade e o funcionamento do Direito como ordem normativa, longe de qualquer valor moral ou político.

Com efeito, serão abordados alguns conceitos retirados da obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, pertinentes ao desenvolvimento do trabalho, bem como restarão expostos os fatos atinentes exclusivamente ao regime nazista, como sua ascensão, teoria do Direito Nazista, princípios, sistema penal subterrâneo e Direito Penal Nazista, para que assim seja feita uma comparação, a fim de verificar se a pergunta tema do trabalho é afirmativa ou negativa.

Salienta-se que também serão expostas algumas ideias de Norberto Bobbio, grande estudioso do Direito Positivo, entretanto, o enfoque da obra será mais voltado aos ensinamentos do Kelsen, haja vista que este, por ser austríaco, judeu e contemporâneo à época do nazismo, viveu concretamente os vis ditames impostos pelo regime de Hitler.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO

O processo de passagem do pensamento jusnaturalista para o juspositivista ocorreu com a dissolução da sociedade medieval, dando lugar aos Estados Modernos¹.

As sociedades medievais foram marcadas pelo seu pluralismo, ou seja, cada sociedade detinha seu próprio ordenamento jurídico, de modo que a o Direito era uma produção social, não imposta pelo Estado, cuja figura ainda era inexistente². Com o processo de criação dos Estado Modernos, o Estado tomou, para si, o monopólio de criação do Direito, de maneira que caberia somente a esta figura a capacidade de produção jurídica³.

Da mesma maneira, pode-se relacionar o juspositivismo ao fenômeno do “Positivismo”, surgido na França, no início do século XIX, o qual estabeleceu que o conhecimento científico era a única forma de conhecimento verdadeira⁴.

Assim exposto, como leciona Norberto Bobbio, “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”⁵.

O estudo científico, em qualquer ramo, se detém na compreensão do seu objeto como ele efetivamente “é”, de modo que o juspositivismo busca compreender o Direito no seu “ser” e não no seu “dever ser” (como deveria ser). Assim, a ciência jurídica é “avalorativa”, ou seja, consiste na “distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico”⁶.

¹ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

² Ibidem, p. 27.

³ Ibidem, p. 27.

⁴ BEZERRA, Juliana. Positivismo. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/positivismo/#:~:text=O%20Positivismo%20%C3%A9%20uma%20corrente,rela%C3%A7%C3%B5es%20sociais%20e%20da%20%C3%A9tica>. Acessado em 11/11/2020.

⁵ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

⁶ Bobbio afirma que o “motivo desta distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas” (BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito 1995, p.135).

Sobre isto, explica Bobbio⁷:

“Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito “justo” ou “verdadeiro” e direito “injusto” e “aparente”. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.”

2.1 A Teoria Pura do Direito

Nesse trabalho, utilizar-se-á a obra de Hans Kelsen, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico do século XX, chamada “Teoria Pura do Direito”, bem como alguns apontamentos de Norberto Bobbio, acerca do tema.

Kelsen buscou, nesta obra, desenvolver um método de estudo do Direito, a fim de se deter estritamente na compreensão das normas jurídicas, sem qualquer interferência de elementos que, embora correlacionados ao saber jurídico, não faziam parte do objeto da ciência jurídica.

O autor austríaco, criou uma metodologia estritamente científica, delimitando o estudo do Direito, sem que houvesse ingerência de conceitos éticos, psicológicos, políticos e sociológicos⁸, a fim de manter a “pureza” do método científico.

Dito isto, este trabalho irá se deter em alguns conceitos e ideias do autor, a fim de desenvolver o assunto principal a ser debatido.

2.2 O conceito de Direito

⁷ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 136.

⁸KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21.

Segundo Kelsen, o Direito se apresenta como ordens da conduta humana, as quais estão sistematizadas em uma ordem normativa, onde toda a norma possui o mesmo fundamento de validade⁹.

A norma fundamental é o fundamento de validade de todo o sistema normativo, de maneira que “uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem¹⁰.”

Em uma sociedade civilizada, as normas, pertencentes à uma ordem jurídica, têm a função de regular a conduta humana, diferentemente do que acontecia na Antiguidade ou na Idade Média, quando os animais e seres inanimados eram, igualmente, regulados pelas normas¹¹.

Para Kelsen, o objeto do Direito é a regulação da conduta de um indivíduo, a qual pode ser positiva ou omissiva, em face de outro ou vários indivíduos, de maneira mediata ou imediata.

Por exemplo, quando “A” mata “B”, ele incorre na prática do tipo penal de homicídio, pois A realizou uma conduta que levou à morte (consequência) de “B”, de maneira que a “A” será imposta uma sanção (pena) por esta prática, já que considerada ilícita pela ordem normativa daquela sociedade. Ainda, neste exemplo, pode-se verificar o papel regulatório da norma, tendo em vista que esta, ao ter em seu conteúdo uma pena imposta a quem pratica homicídios, conseqüentemente fará com que os indivíduos não pratiquem tal conduta, pois, de outra forma, serão responsabilizados.

Assim sendo, o Direito é um conjunto de ordens coativas da conduta humana, haja vista que os indivíduos que praticam condutas opostas ao previsto no sistema normativo sofrem penalizações (ato coercitivo), de modo a criar e fomentar o desenvolvimento de uma coerção psíquica nos membros da comunidade jurídica, a fim de que estes passem a se conduzir conforme o Direito¹².

Norberto Bobbio, em sua obra “O Positivismo Jurídico”, utilizando o pensamento de Kant, esclarece que a coerção imposta pelo Direito, através do Estado, pode ser compreendida como uma limitadora da liberdade dos indivíduos, que

⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21.

¹⁰ Ibidem, pp. 21-22.

¹¹ Ibidem, p. 22.

¹² Ibidem, p. 23.

seguem determinado ordenamento jurídico. Ora, para o autor italiano, no momento em que alguém ultrapassa a barreira da licitude, este indivíduo está rompendo o limite de sua liberdade, de maneira a invadir a liberdade de seu semelhante. Deste modo, o Direito funciona como um instrumento de coerção (devido ao Estado), que repele os atos que possam ocasionar a diminuição da liberdade, daqueles que seguem os ditames do ordenamento jurídico¹³.

Diferentemente do que ocorre nas sanções transcendentais, as quais não podem ser compreendidas e explicadas empiricamente, a sanção imposta pela norma jurídica tem seu embasamento no próprio sistema, podendo, assim, ser entendida e justificada, já que fruto da vontade humana. A respeito disso, segue o pensamento kelseniano¹⁴:

“O ato de coação normado pela ordem jurídica pode - como veremos mais tarde - ser referido à unidade da ordem jurídica, ser atribuído à comunidade jurídica constituída pela mesma ordem jurídica, ser explicado como reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção.”

2.2.1 As semelhanças entre o Direito e a Moral

Kelsen expõe que ao lado das normas jurídicas se encontram também as normas morais, formando o grupo chamado de “normas sociais”. Contudo, diferentemente das normas jurídicas, elas não pertencem à ciência jurídica, mas sim são atinentes à disciplina da Ética¹⁵.

A moral, da mesma forma que o Direito, advém da criação do homem que, ao passar do tempo, impõe parâmetros morais que devem ser respeitados por uma determinada sociedade. Ademais, já que a moral busca, de certa forma, organizar o comportamento dos indivíduos inseridos na sociedade em que ela vigora, Kelsen expõe que elas devem ser entendidas como normas, assim como é o Direito, tendo em vista que os dois buscam a regulação da conduta humana, estatuidando direitos e deveres¹⁶.

Como exposto acima, as normas sociais (jurídicas e morais) regulam a conduta humana. Entretanto, Kelsen expõe que, anteriormente, se pensava que a moral

¹³ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 152.

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 23.

¹⁵ Ibidem, p. 42.

¹⁶ Ibidem, p. 42.

apenas atuava na regulação da conduta interior do indivíduo, sendo que o Direito teria o papel de regulação da conduta exterior¹⁷.

A fim de desconstruir esta compreensão, ele traz os exemplos do suicídio e do homicídio.

No que concerne à primeira hipótese, o suicídio, no que condiz à cultura ocidental, é uma prática abominável, de maneira que é proibida moralmente. Desta forma, por ser vista com maus olhos pela sociedade, a pessoa que, por ventura, pense na prática suicida, irá, em sua consciência, auto impor-se um limite, ou seja, em sua conduta interior, de modo a condicionar seu pensamento contra este ato. Todavia, a moral, neste caso, também atuaria exteriormente, pois o indivíduo, ao não tirar sua vida, também estaria mudando a sua conduta exterior, por decorrência¹⁸.

Já no que se refere ao Direito, o tipo penal de homicídio (norma jurídica) proíbe que um homem pratique algum ato contra a vida do seu semelhante, ou seja, regula a conduta exterior deste indivíduo. Entretanto, ao proibir esta conduta, a norma jurídica também atua interiormente, pois condiciona os indivíduos a não pensarem em produzir tal ato¹⁹.

Assim dito, tanto a moral quanto o Direito são considerados normas reguladoras da conduta humana, tendo efeitos exteriores e interiores, simultaneamente.

2.2.2 As diferenças entre o Direito e a Moral

Em contraposição ao o capítulo acima, este irá se deter na pontuação das principais diferenças entre as normas jurídicas e as normas morais, demonstrando demonstrar, sob o olhar positivista, a razão pela qual o Direito não pode ser confundido e nem invadido por conceitos e valores morais.

2.2.2.1 A Moral e a falta de caráter coercitivo

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 43.

¹⁸ Ibidem, p. 43.

¹⁹ Ibidem, p. 43.

Kelsen menciona que, diferentemente do Direito, a Moral não possui, em seu sistema, métodos capazes de infligir uma sanção às eventuais condutas humanas contrárias ao seu sistema.

Assim dito, o que diferencia os dois objetos se encontra no modo “como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana²⁰.”

Para o autor, o Direito somente poder ser distinguido da Moral, na hipótese de ele ser entendido como ordem de coação.

O Direito, como já visto, é uma cadeia de normas jurídicas organizadas e embasadas em uma norma fundamental, que visam a regulação da conduta humana, a fim de que os indivíduos se coadunem conforme o Direito. O mecanismo que o sistema jurídico elaborou para reprimir eventuais condutas contradizentes ao Direito foi o método coercitivo, caracterizado pelo desenvolvimento de sanções (penas) impostas àqueles indivíduos com condutas contrárias ao sistema imposto.

A Moral, por sua vez, não possui o mecanismo de sanção, tendo em vista que “as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrárias às normas”, de modo que aqui não existe qualquer tipo de emprego de força física²¹.

Bobbio, no mesmo sentido, escreveu²²:

“O que distingue o direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é; esta relação diversa do direito e da moral com a coerção deriva da natureza diversa do ato jurídico e do ato moral; o ato jurídico consiste puramente na conformação exterior do sujeito à norma e, assim, o fato de tal conformação ser obtida mediante a força não nega a juridicidade do ato; o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma por respeito à norma, não podendo, pois, ser obtido mediante a força, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato. Ou, se quisermos considerar o problema não mais do ponto de vista da natureza do ato, mas do ponto de vista da natureza da norma, poderíamos dizer: a coação se concilia com a norma jurídica porque está é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma.”

No que se diz respeito à Kelsen, Bobbio refere que o autor austríaco foi um dos precursores na formulação da teoria moderna da coação. Para o italiano, Kelsen considerava a sanção como elemento essencial do conteúdo da norma,

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 43.

²¹ Ibidem, p. 44.

²² BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 152.

diferentemente do que pregava a doutrina clássica de Jhering, a qual pregava que a sanção era o meio para a realização da norma jurídica²³,

Assim exposto, resta cristalino que, para Kelsen, a problemática da sanção se referia à matéria da norma e não a sua forma.

2.2.2.2 O Direito e a Justiça

Muitas vezes se confunde o Direito com a Justiça, contudo, apesar de haver uma forte relação entre as duas palavras, há de se referir que as duas não são necessariamente sinônimas.

É cediço que o Direito, por muitas vezes, tem em seu conteúdo uma essência moral. Contudo, não são poucas às vezes que nos deparamos com casos em que indagamos se a decisão foi ou não justa.

O conceito de justo ou injusto advém da Moral, de maneira que a Justiça possui um caráter subjetivo, ou seja, cada indivíduo detém o seu próprio senso de Justiça.

O Direito, em contraposição, preza pela objetividade, de maneira que as normas jurídicas nem sempre vão se alinhar às normas morais de cada um.

Desta forma, pode-se concluir que o Direito não é necessariamente moral, mesmo que às vezes ele o possa ser.

Esta discrepância entre Direito e Justiça ocorre, portanto, em vista da relatividade do valor moral. Kelsen expõe que não existe uma moral absoluta, a qual valeria para todos os tempos e diferentes sociedades²⁴, já que isto não ocorre no mundo concreto, já que cada indivíduo detém seu próprio senso de moralidade.

Assim dito, conforme a sociedade vai se desenvolvendo, algumas normas jurídicas acabam por se tornar contrárias aos preceitos morais da sociedade do presente, embora se alinhassem com as normas morais antigas.

Kelsen estabelece o raciocínio de que o Direito contém um valor moral relativo, mesmo que esse não seja o objeto real de sua validade. Para o autor austríaco, o “Direito constitui valor pelo fato de ser norma: constitui o *valor jurídico* que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo)²⁵.”

²³ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 153.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 46.

²⁵ Ibidem, p. 46.

Ainda, Kelsen finaliza este pensamento referindo que o Direito independe de qualquer lastro moral mínimo, para ser considerado Direito²⁶, o que é compreensível, pois, caso ele entendesse o contrário, o seu método científico de compreensão do direito restaria corrompido.

Sobre o tema, é o que se segue²⁷:

“Se supusermos que o Direito é, por sua essência, moral (tem caráter moral), então não faz qualquer sentido a exigência – feita sob o pressuposto da existência de um valor moral absoluto - de que o Direito deve ser moral. Uma tal exigência apenas tem sentido, e a Moral para o efeito pressuposta somente representa um critério de valoração relativamente ao Direito, quando se admita a possibilidade de um Direito imoral, de um Direito moralmente mau, e, por consequência, quando na definição de Direito não entre elemento que representa um conteúdo moral. Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida - que é, portanto, absoluta - da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se supusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. Na verdade, o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme ao Direito (das Rechtmässige) é um bem. A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.

Uma teoria dos valores relativista não significa - como muitas vezes erroneamente se entende - que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.

É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida,

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 46.

²⁷ Ibidem, p. 47.

de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. Isto não significa, porém, que não haja qualquer medida. Todo e qualquer sistema moral pode servir de medida ou critério para tal efeito. Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral.”

2.3 A Interpretação do Direito pelo Órgão Judiciário

O processo de interpretação do Direito é um tema extremamente relevante no estudo realizado por Kelsen. Neste subcapítulo, ir-se-á realizar a análise somente no que se refere à interpretação do Direito pelos órgãos judiciais.

É cediço que as leis, por si só, não se auto aplicam, de modo que foram criados órgãos objetivados a deter o papel de aplicar o Direito.

Sabe-se que a estrutura normativo jurídica se encontra hierarquizada entre escalão superior e inferior, como são os casos da Constituição em relação à lei, e da lei em relação às sentenças judiciais²⁸, a chamada “pirâmide normativa”.

Como já visto, as normas jurídicas inferiores e os atos executivos somente possuem validade quando conformadas às normas jurídicas superiores, de maneira que uma lei não condizente aos pressupostos constitucionais não possui validade sob o olhar positivista. Desta maneira, as normas superiores detêm o papel de regular, bem como determinar “não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar²⁹”.

Contudo, Kelsen explica que as normas do escalão superior nem sempre vinculam o ato através do qual é aplicada, de modo que restaria, desta forma, ao órgão judiciário o dever de interpretar a lei, mas sempre de modo a respeitar os limites impostos pela lei superior, “preenchendo sua moldura³⁰.”

Isto ocorre, pois se pode, em um mesmo texto normativo, chegar a inúmeras interpretações e conclusões, de maneira que “o ato jurídico em que o Direito é

²⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245.

²⁹ Ibidem, pp. 245-246.

³⁰ Ibidem, p. 246.

aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”, de modo que o Direito possui uma indeterminação intencional³¹.

A respeito disso, Kelsen expõe os seguintes exemplos³²:

“Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo.”

No exemplo supra referido, vê-se que o Direito possui um caráter de indeterminação relativa, tendo em vista que, da mesma forma que “determina” que o delito seja punido com as sanções impostas, também indetermina qual sanção será aplicada, atribuindo ao órgão julgador a função de preenchê-las conforme os limites impostos³³.

Esta indeterminação não intencional do Direito pode ocorrer em três hipóteses, segundo Kelsen. Em primeiro lugar, o autor traz à tona o problema que envolve “a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime”, de modo que estas palavras podem gerar ambiguidades interpretativas. Em segundo, há o problema concernente à discrepância da expressão verbal da norma e a real vontade da autoridade legisladora. Por último, no que se refere a validade de duas normas que valem simultaneamente, mas que se contradizem total ou parcialmente³⁴.

Havendo, portanto, esta dita indeterminação não intencional, Kelsen diz que, em todos os casos, sejam indeterminados ou não, ocorrem as mais diversas formas de aplicação do Direito, cabendo ao ato jurídico, que efetiva ou executa a norma, escolher qual dos significados verbais melhor se encaixa à vontade da autoridade legislativa, no momento da criação da lei, ou mesmo decidir qual das duas normas conflitantes é a que melhor se emoldura ao sistema³⁵.

³¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

³² Ibidem, p. 246.

³³ Ibidem, p. 246.

³⁴ Ibidem, p. 245-246.

³⁵ Ibidem, p. 247.

Desta forma, depreende-se que o juspositivismo adotou uma concepção formalista da ciência jurídica, de modo que o ato interpretativo era caracterizado por uma operação lógico-dedutiva³⁶, de modo que cabia ao magistrado o trabalho de subsunção do fato à norma³⁷.

Assim dito, Kelsen entende que basta que a interpretação respeite os moldes impostos pela norma superior, para que ela seja considerada conforme ao direito e, deste modo, válida.

Por consequência, sobre o olhar do Direito Positivo, não se pode afirmar que existe uma única interpretação correta, nem que uma interpretação se sobreponha a outra, pois caso isto fosse aceito, não mais estaríamos de acordo com o positivismo jurídico, mas sim estaríamos trazendo à ciência jurídica objetos a ela não pertencentes, como é o caso das normas morais, juízos de valor e a própria concepção de Justiça, ligados ao ramo da Filosofia do Direito.

2.4 A Norma Fundamental como base do Direito Positivo

A ordem jurídico normativa, segundo a teoria de Kelsen, somente possui validade quando toda a sua estrutura se encontra conforme à norma fundamental.

Esta norma fundamental, diferentemente da ordem jurídica por ela validada, não é positiva, tendo em vista que ela não pode ser associada ao Direito posto, sendo ela a “constituição lógico-jurídica”³⁸ do Direito.

Pode-se dizer que a norma fundamental é a ideia que lastreia o Direito Positivo, sendo ela a “instauração do fato fundamental da criação jurídica”³⁹, ou seja, diferentemente do que frequentemente se pensa, a Constituição não é a norma fundamental imaginada por Kelsen, pois ela é, tão somente, a norma jurídico-positiva de maior grau hierárquico.

³⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

³⁷ Norberto Bobbio leciona que “O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveria, (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa. (BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 221).

³⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

³⁹ Ibidem, p. 139.

A respeito disto, Kelsen diz⁴⁰:

“Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.”

No mesmo sentido, aponta Bobbio⁴¹:

“A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe um única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas. Mas o princípio da unidade formal do ordenamento jurídico coloca em problema ulterior. Se definirmos fonte do direito como o ato ou o fato ao qual é vinculada a produção de normas jurídicas, o problema se formula assim: quem ou o que vincula a produção das normas a tal ato ou a tal fato? Ou, se definirmos a fonte do direito como o poder legitimado (ou autorizado) a pôr as normas jurídicas, o problema se apresenta nestes termos: quem ou o que legitima (ou autoriza) tal poder a pôr as normas? Para responder esta pergunta parece-nos inevitável formular a teoria de uma norma fundamental que está na base do ordenamento jurídico. Somente assim se pode fechar o sistema, assegurar a unidade formal do ordenamento. Naturalmente esta norma-base tem o sistema jurídico positivisticamente concebido uma função diferente daquela que tem a norma-base no sistema moral (ou no caso do direito natural). Não se trata da norma de cujo conteúdo todas as outras normas são deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é posta por um ou outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito.”

Desta forma, a norma fundamental pode ser considerada o ponto de partida e o elemento basilar do Direito Positivo, tendo em vista que um ordenamento jurídico somente pode ser considerado válido, se de acordo com ela.

2.4.1 A Questão Da Legitimidade

⁴⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 139.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. pp. 200-201.

Kelsen, no subcapítulo “Legitimidade e efetividade”⁴², faz referência ao processo de modificação da Constituição, colocando em questão, também, os processos revolucionários, onde a Constituição é modificada de maneira ilegítima.

Para o autor, toda a modificação da Constituição, que não seja determinada pelos ditames da própria Constituição, é considerada ilegítima.

Toda a constituição escrita possui, em seu texto, certos procedimentos que precisam ser levados em conta, no processo de transformação do ordenamento jurídico, de modo que são impostas regras especiais de modificação.

Assim dito, o princípio da legitimidade, conforme explica Kelsen, somente é aplicável em uma ordem jurídica que respeite os pressupostos constitucionais, não podendo ser aplicada em caso de revolução, onde a Constituição é modificada fora do processo previsto ou quando ela é simplesmente substituída por outra.

Este breve excerto se faz importante ao trabalho, pelo fato de que o regime nazista se utilizou das formalidades do maquinário constitucional, para a tomada do poder, de modo que, sob o olhar do positivismo jurídico, o regime nacional-socialista foi legítimo.

2.4.2 A Questão Da Validade

O problema da validade é outro assunto importante, trazido pelo autor austríaco.

Como visto acima, a validade de um ordenamento jurídico se dá pela simples conformidade com a sua norma fundamental⁴³, em um processo caracterizado pelo objetivismo⁴⁴.

No mesmo sentido, explica Bobbio, o qual, ainda refere que, para o juspositivismo, a norma não precisa ser eficaz para ser válida⁴⁵:

“O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da validade, considerando portanto com normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato destas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia.”

⁴² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 146.

⁴³ Ibidem, p. 152.

⁴⁴ Ibidem, p. 152.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. p. 142.

Assim sendo, o Direito, sob esta ótica, não está ligado à uma justificação ético-política, ou seja, envolto em conceitos subjetivos e morais, os quais são elementos completamente estranhos ao estudo científico proposto pelo juspositivismo.

Para Kelsen, todo o ordenamento jurídico lastreado em uma norma fundamental deve ser considerado válido, independentemente do conteúdo ético de suas normas.

Desta forma, pode-se concluir que, para o positivismo, até mesmo as normas jurídicas mais sórdidas podem ser consideradas válidas, se em conformidade com a norma fundamental que as validam.

2.5 O Estado de Direito

Hans Kelsen, em seu trabalho, relaciona o Direito e o Estado conforme a teoria monista, a qual parte do pressuposto que Direito e Estado correspondem a mesma coisa.

Segundo o pensamento de Kelsen, a figura do Estado somente existe através das normas jurídicas postas por indivíduos, os quais são eleitos, legitimamente, para atuarem em nome do Estado.

Para o autor austríaco, resta errônea a afirmação de que o Estado cria o Direito, pois quem de fato a cria são os indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito⁴⁶.

A origem do Estado, desta maneira depende do Direito, de modo que um processo que conceba o Estado como sendo anterior ao Direito é insustentável, pois as duas figuras representam a mesma coisa.

Assim dito, segundo Kelsen, “não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos⁴⁷.”

Kelsen afirma que a expressão Estado de Direito é redundante, haja vista que o Estado, por ser uma ordem normativa, é Direito. Entretanto, ele explica que esta expressão se torna eficiente, quando busca “designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”.

⁴⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 218.

⁴⁷ Ibidem, p. 218.

A respeito do dito, ele diz⁴⁸:

“Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas.

Finalizando este tópico, para Kelsen, todo Estado seria de Direito, no sentido de ordem jurídica formal, contudo, no que se refere ao conceito material, somente configura efetivamente Estado de Direito, aqueles Estados que se encontrem vinculados às leis e que respeitem os direitos fundamentais dos cidadãos.

3 A TOMADA DE PODER PELO REGIME NAZISTA E A DERROCADA DO ESTADO DE DIREITO NA ALEMANHA

Após a derrota na Primeira Guerra Mundial, nascia a República de Weimar (1918-1933), a qual sucedeu o governo imperial alemão (1871-1918), criado em decorrência do processo de unificação da Alemanha, sob as mãos de Otto von Bismarck.

Este período foi repleto de diversos contrastes nas áreas social, político e econômica. Sylvia Lenz de Mello, em seu trabalho “República de Weimar: Alemanha 1919-1933”, explicita a situação desta época⁴⁹:

“Sucedese um período político conturbado, pleno de antagonismos sociais e de profunda crise econômica: lado a lado convivem a fome, o desespero e a miséria com a riqueza, as drogas e a luxúria. Enquanto, em 1923, a maior parte da população recebe o bônus desemprego de 2,5 bilhões de marcos por semana - o pão custa 1,5 bilhão - além das sopas, uma minoria, aproveita-se da crise extraindo-lhe todas vantagens possíveis. Os bancos ganham com a especulação financeira fomentando a inflação diária, as grandes indústrias investem em equipamentos novos, os fazendeiros junkers - compram modernas máquinas agrícolas, os comerciantes de artigos de luxo enriquecem-se com produtos vendidos aos estrangeiros em moeda norte-americana.

Da parte do governo há, inicialmente, uma escassez de recursos para obras sociais, embora, a partir de 1923, advenham recursos obtidos através dos empréstimos concedidos pelos Estados Unidos para investir em vários tipos de redes de comunicação e de integração: estações de rádio e telégrafo, rodovias e ferrovias. No entanto, a população alemã continua desempregada, subnutrida e sem o poder da palavra e da ação. Afinal, quem se opõe é violentamente reprimido. Para os capitalistas é o momento oportuno para

⁴⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 218.

⁴⁹ MELLO, S. L. República de Weimar. HISTÓRIA & ENSINO. Londrina, 02: 107-108, 1996.

acumular ainda mais; para quem não tem só resta esperar por tempos melhores, como sempre propagam os liberais. Quando o governo não se dispõe mais a conceder bônus de desemprego e sopas aos trabalhadores sem ocupação, planeja obras públicas como forma de atender à gritante situação de desalento que se criara em meio à população. Após a crise de 1929, faz-se necessária a intervenção do Estado na economia e, na falta de mais obras públicas, lança-se mão da indústria bélica. (...)”

Faz-se mister frisar a situação em que se encontrava a Alemanha, para que possamos entender como se deu a ascensão do movimento nacional-socialista, o qual já havia tentado tomar o poder em 09 de novembro de 1923, no chamado “Putsch de Munique”, golpe fracassado realizado por Hitler e seus correligionários, que levou à proibição do Partido Nacional Socialista.

A prisão de Hitler foi o início da ascensão do nazismo no cenário político. Este crescimento é explicitado na obra “Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal”, de Javiell Lloblet Rodríguez⁵⁰:

“Depois que Hitler foi libertado, o Partido foi refundado a 27 fevereiro de 1925. Obteve nas eleições de 28 de maio de 1928 somente 2,6% dos votos, o que lhe deu 12 cadeiras no *Reichstag*.

Posteriormente nas eleições de 13 de setembro de 1930 logrou 18,3% dos votos, convertendo-se no segundo partido no *Reichstag*, isso ao ter 107 lugares.

Adolf Hitler logo se apresentou como candidato à Presidência, obtendo a 13 de março de 1932 30,1% dos votos, ante 49,6% logrado por Hindenburg, obrigando à realização de um segundo turno. A 10 de abril de 1932, no segundo turno, Hitler ascendeu a 36,8% dos votos, enquanto que Hindenburg logrou 53%. Thälmann obteve 10%. Este último era o presidente do Partido Comunista. (...)

Nas eleições do *Reichstag* de 31 de julho de 1932, o Partido Nacional-socialista recebeu 37,3% dos votos, conseguindo 230 cadeiras, que o converteram no partido com a maior representação no *Reichstag*.

A 6 de novembro de 1932 foram realizadas novas eleições, descendendo o partido nazista a 33,1% dos votos, mas com 197 cadeiras continuou sendo o partido mais forte no *Reichstag*.”

Salienta-se que, nestes primeiros anos que sucederam o regime nazista, o partido conseguiu, por vias legais, a maioria representativa dentro do parlamento. Isto se deu, em grande parte, por causa da grande instabilidade da República de Weimar, a qual estava deveras estratificada, visto que os segmentos políticos travavam frequente batalha pela tomada do poder, gerando um ambiente propício para a derrocada do regime democrático pós-guerra⁵¹.

Ademais, grande parte da população se identificava nos discursos nazistas, os quais tinham como principais pontos a unificação do povo alemão e o repúdio às

⁵⁰ RODRÍGUEZ, Javiell Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 53.

⁵¹ Ibidem, p. 54.

sanções impostas pelo Tratado de Versalhes, as quais, de certa forma, inviabilizavam o crescimento socioeconômico da Alemanha. Assim sendo, as pessoas vislumbravam, no partido, a retirada do seu país da pobreza e da miséria generalizada⁵².

Apesar da derrota nas eleições, Hitler, em 1932, foi nomeado Chanceler pelo então presidente Paul von Hindenburg, o qual cedeu à direita alemã, visto que esta pretendia a instauração de um regime autoritário. A nomeação de Hitler para o cargo foi uma jogada política da direita, pois estes queriam se utilizar da base popular que ele detinha, aferindo que poderiam manipulá-lo, o que, de fato, não aconteceu⁵³.

Franz von Papen, antigo Chanceler, convenceu Hindenburg da nomeação e, em 30 de janeiro de 1933, Hitler foi nomeado Chanceler do *Reich*⁵⁴. Esta data pode ser considerada o marco da gênese do poder do regime nazista na Alemanha, em face da chegada de Hitler, o qual, a partir daí, deu início à diversas mudanças no aparelho estatal, a fim de conseguir seus objetivos perversos.

Apenas cinco dias após a nomeação de Hitler ao cargo de chanceler, o presidente Hindenburg dispôs uma Ordenança, que limitou a liberdade de imprensa, bem como reuniões de cunho partidário. Foi disposto que as publicações da imprensa, bem como as reuniões poderiam ser proibidas, caso a Autoridade Policial considerasse um perigo à ordem pública⁵⁵.

Pode-se depreender, aqui, o início de um dos elementos mais preponderantes no Estado Nazista, tal qual, a alta delegação de poder às pessoas responsáveis pelo poder de polícia na Alemanha, o qual foi aumentando ao passar dos anos e minando os direitos fundamentais daqueles que não eram vistos com bons olhos pelo regime.

Em 27 de fevereiro, do mesmo ano, ocorreu o fato conhecido como Incêndio do *Reichstag* (o Parlamento Alemão). Neste evento, que até hoje gera muitas controvérsias, os nazistas alegaram que o partido comunista teria ateado fogo no prédio do parlamento com o intuito de realizar um levante.

Um dia após o ocorrido, o presidente Hindenburg dispôs a Ordenança do incêndio do *Reichstag*, utilizando como base o artigo 48 da Constituição da República

⁵² RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 54.

⁵³ Ibidem, p. 55.

⁵⁴ Ibidem, p. 55.

⁵⁵ Ibidem, p. 56

de Weimar⁵⁶, o que permitiu diversas violações às garantias constitucionais, como à inviolabilidade da liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência, correios, telégrafos, telefones, o direito à livre expressão do pensamento e a garantia da propriedade⁵⁷”.

Esta Ordenança garantiu e legitimou a prisão arbitrária de diversas pessoas, muitas delas ligadas ao comunismo, utilizando como base o argumento de que elas seriam um perigo à manutenção da ordem pública. A essas pessoas sequer eram atribuídos delitos e nem mesmo eram levadas a uma autoridade judicial, a fim de que fosse verificada a sua prisão.

É importante frisar que estes tipos de atos eram bastante comuns na prática repressiva nazista, caracterizando-se pela prisão arbitrária daqueles indivíduos que eram considerados ameaças e tirando-lhes qualquer tipo de direito. Ademais, esta ordenança foi utilizada com o intuito de afastar a oposição política, neste caso os comunistas, de modo a minimizar eventuais obstáculos que inviabilizassem o fortalecimento e a consolidação da hegemonia política nacional-socialista na Alemanha⁵⁸.

Com a prisão e repressão dos políticos comunistas, Hitler convenceu Hindenburg a convocar novas eleições para o Reichstag, realizadas em 5 de março de 1933, oportunidade em que o partido nacional-socialista conseguiu 43,9% dos votos, montante que somado aos 8% dos nacionalistas permitiu a maioria absoluta no parlamento, não ensejando, contudo, a maioria qualificada, que permitiria a aprovação da Lei Plenipotenciária ou Lei de Plenos Poderes⁵⁹.

Mesmo não havendo o número de parlamentares mínimos, Hitler conseguiu a aprovação da lei em 23 de março de 1933. Para isso, ele cercou o prédio com tropas da SS e da SA, como meio de intimidação, a fim de que os deputados contrários à aprovação votassem a seu favor⁶⁰.

⁵⁶ Art. 48, §2º: “Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154”. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/artigo-48->. Acesso em 30 de março de 2020.

⁵⁷ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p 57.

⁵⁸ Ibidem, p. 57.

⁵⁹ Ibidem, p. 59.

⁶⁰ MICHAEL, Marek. 1933: Aprovação da Lei Plenipotenciária Disponível em online em: dw.com/pt-br/1933-aprovação-da-lei-plenipotenciária/a-480521. Acesso em 31 de março de 2020.

Como pode se observar, o regime almejava chegar ao poder por meio da legalidade, utilizando-se da máquina estatal para obter este fim. É evidente que Hitler já detinha força suficiente para a tomada do poder ditatorialmente. Entretanto, ele optou por submeter a votação ao *Reichstag*, a fim de “calar os críticos dentro e fora do país e dar a impressão de legalidade parlamentar⁶¹.”

A Lei de Plenos Poderes conferiu ao governo de Hitler o poder de aprovar leis sem a necessidade do aval do presidente Hindenburg. Isto de certa forma derogou a Constituição de Weimar, tendo em vista que o processo de aprovação das leis não seguiria mais os dispostos na Carta Magna Alemã, pois conferia ao Executivo os poderes do Legislativo⁶².

Com isso, é possível dizer que o Estado de Direito constituído após a instauração da República de Weimar foi desfeito. A Lei do Incêndio do Reichstag e a Lei de Plenos Poderes compunham, de certo modo, a base jurídica nazista, pois concedia todo o aparato legal para a detenção das pessoas consideradas inimigas do estado alemão, bem como outorgava o poder de legislar nas mãos de Hitler.

Empregando este poder, a primeira lei aprovada foi a de imposição da pena de morte, em 29 de março de 1933, que conferiu efeitos retroativos à aplicação da pena de morte das pessoas que supostamente estariam envolvidas no incêndio do Parlamento, o que possibilitou a execução do holandês Marinus van der Lubbe, o principal acusado⁶³, demonstrando completo rechaço aos direitos fundamentais garantidos em um Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que que o princípio da irretroatividade das leis penais serve como limitador do exercício arbitrário estatal frente ao cidadão⁶⁴, o qual não poderia ser penalizado por disposições de leis futuras, mas sim daquelas que vigiam à época em que fora cometido o crime, o que evidentemente não foi respeitado no presente caso.

Javiell Llobet Rodríguez faz uma precisa análise das mudanças ocorridas no aparelho estatal alemão⁶⁵:

“Esta lei tem uma grande importância, posto que, junto à Ordenança do incêndio do Reichstag, supõe a base jurídica sobre a qual estruturou-se a

⁶¹ MICHAEL, Marek. 1933: Aprovação da Lei Plenipotenciária Disponível em online em: dw.com/pt-br/1933-aprovação-da-lei-plenipotenciária/a-480521. Acesso em 31 de março de 2020.

⁶² RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp 59-61.

⁶³ Ibidem, p. 59.

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 29ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 117, v.1.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 60-61

ditadura nacional-socialista, dismantelando as bases estabelecidas na Constituição de Weimar, por exemplo em relação aos direitos fundamentais e à divisão entre o Poder Legislativo e o Executivo. A Ordenança do incêndio do Reichstag tinha tornado sem efeito os direitos fundamentais, permitindo as detenções de duração indefinida sem controle judicial em campos de concentração, enquanto que a lei de autorização ou de Plenos Poderes tornou desnecessária a aprovação parlamentar das leis e autorizou que o governo através de seus decretos não levasse em consideração a Constituição de Weimar.”

Ademais, a Constituição de Weimar previa as figuras de presidente e chanceler, cargos representantes do Poder Executivo, contudo, em 1 de agosto de 1934, dia anterior à morte de Hindenburg, Hitler editou uma lei que unia, em sua pessoa, a representação de chefe de estado (presidente) e chefe de governo (chanceler). A fim de legitimar esta lei, foi feito um plebiscito em 19 de agosto de 1934, comprovando que quase 90% da população apoiava esta união.

Ao final do ano de 1933, o partido nacional-socialista já havia tomado, por completo, a autonomia do aparelho estatal alemão. Em 14 de julho de 1933, foi instituída a lei que declarava que o único partido permitido na Alemanha era o nacional-socialista, impondo um sistema unipartidário, característico de Estados Autocráticos, que utilizam deste instrumento, como forma de prevenção e contenção das massas de oposição. Inclusive, foi tipificado como delito o ato de manter a organização dos partidos previamente existentes ou a criação de outros⁶⁶.

O regime nazista foi marcado pelo processo de unificação e centralização do poder no governo central. Fora o unipartidarismo, os sindicatos foram dissolvidos e em seu lugar foi criada a Frente Alemã do Trabalho, que, a grosso modo, seria um sindicato que abrangeria a totalidade dos trabalhadores e empregadores alemães. Hitler, em sua obra *Mein Kampf*, repudia a ideia de classes, criada por Marx, pois acreditava que a sociedade não deveria ser vista como um organismo repartido, mas sim de forma coesa e unitária, composta por indivíduos dotados de idênticos direitos e deveres. Referente a isso, ele disse⁶⁷:

“O sindicato não há de ser um instrumento para a luta de classes, mas para a defesa e representação dos trabalhadores. O Estado nacional-socialista não reconhece classes; no sentido político, só reconhece cidadãos, com iguais direitos e idênticas obrigações, e ao lado destes à súditos privados de todo direito desde o ponto de vista político.”

⁶⁶ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 63.

⁶⁷ Trecho da obra *Mein Kampf*, de autoria de Adolf Hitler, abordando a questão dos sindicatos, *apud* RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 65.

Outrossim, os estados federativos perderam sua autonomia com o fim da *Reichstrat*, corpo legislativo que representava a soberania das *Länder* (estados). Em suma, isto ocorreu porque Hitler queria reunir o poder em si, a fim de afastar eventuais empecilhos provenientes do poder representado pelo *Reichstrat*⁶⁸. Resta evidente que este tipo de estratificação estatal o desagradava, visto que este sistema formalizava a descentralização do poder federal, ou seja, o seu poder. Os governos estaduais não nazistas começaram a ser “invadidos” administrativamente por pessoas indicadas pelo alto escalão do partido. Comissários foram nomeados com o argumento de restauração da ordem pública, bandeiras do partido começaram a ser expostas nos municípios alemães, chefes de polícia foram postos no poder da polícia dos territórios não nazistas. Foram diversos os atos que buscavam o enfraquecimento do poder local em favor do poder do *Fuhrer*, indo completamente contra o disposto na Constituição de Weimar⁶⁹.

Com o fim dos problemas extrínsecos ao partido, Hitler voltou seus olhos para os perigos internos, mais especificamente na SA (tropa partidária nacional-socialista). As chamadas tropas de assalto, lideradas por Ernst Röhm, foram, em seu início, importantes para o processo de tomada de poder pelo partido, tendo em vista que, em grande parte, elas eram encarregadas pela parte repressiva e discriminatória daqueles indivíduos considerados contrários ou adversários à ideologia do nacional-socialismo⁷⁰.

Hitler, após tomar a totalidade dos poderes políticos para si, também deveria tomar o poder das SA, as quais não estavam gozando de prestígio das alas comercial, industrial e militar alemã, devido ao fato das tropas estarem cometendo diversos distúrbios, considerados intoleráveis. Os principais alvos da SA eram os socialistas, comunistas e judeus, mas, após, inclusive diplomatas estrangeiros começaram a ser alvos do grupo paramilitar, demonstrando que a situação, aos olhos do alto escalão do partido, estava saindo do controle⁷¹.

Ademais, Röhm teria dito que a SA prosseguiria com a “revolução alemã”, o que configurava uma concreta ameaça aos planos de Hitler, que se viu obrigado a

⁶⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 60-61.

⁶⁹ KERSHAW, Ian. Hitler; tradução Pedro Maia Soares - São Paulo: Companhia das Letras. pp 310-311.

⁷⁰ Ibidem pp. 334-335.

⁷¹ KERSHAW, Ian. Hitler; tradução Pedro Maia Soares - São Paulo: Companhia das Letras. pp 310-311.

conter o levante que começava a tomar forma, o que culminou com a chamada “Noite dos Longos Punhais”, evento ocorrido entre os dias 30 de junho e 2 de julho de 1934, quando Ernst Rohm e diversas pessoas ligadas à SA foram detidas e executadas sem julgamento, além do que, outras tantas foram detidas cautelarmente, acusadas de serem organizadoras do levante⁷². Este fato pode ser considerado a parte final do movimento de consolidação de Hitler como líder supremo da Alemanha, ou seja, o *Führer*.

Em 3 de julho, foi editada a lei das ações do Estado de Legítima Defesa Estatal, criada justamente para legitimar o massacre sofrido pelos supostos revoltosos. As execuções, deste modo, seriam legítimas, pois estariam combatendo a alta traição e a traição à pátria, o que justificaria o estado de legítima defesa.

É importante frisar que o objetivo de Hitler sempre foi chegar ao poder através da legalidade, o que, se visto levianamente, aconteceu. Contudo, se virmos de forma mais atenta, conseguiremos enxergar que dentro da legalidade ocorriam diversas ilegalidades, como aconteceu na votação da Lei de Plenos Poderes e no Plebiscito que unia a figura de chanceler e presidente. A primeira, mesmo sendo aprovada pelo *Reichstrat*, o que, a priori, teria seguido os ditames legais, ocorreu em um ambiente hostil, em face da presença da SA e SS, o que com certeza coagiu os parlamentares que seriam contra à edição da lei a votar a favor. Ademais, nesta votação, a totalidade dos parlamentares comunistas não puderam comparecer, devido a lei do Incêndio do *Reichstrat*, que “legitimava” a prisão de segurança dos membros do partido comunista. A segunda, pois os plebiscitos não possuíam valor algum, tendo em vista que os resultados eram altamente manipulados pelo partido, que utilizou deste instrumento para dar “legitimidade” aos seus atos inconstitucionais. A título de exemplo, em Dachau, local onde estavam localizados os opositores do regime, 99,5% votaram pela saída da Alemanha da Sociedade das Nações, o que interessava aos planos do partido, pelo fato da Sociedade querer impor restrições armamentistas à Alemanha.

Como se pode verificar, o nacional-socialismo nasceu do sentimento de derrota advindo da Primeira Guerra Mundial e cresceu às custas da grande sociedade alemã, fragilizada socioeconomicamente, que via na figura de Hitler a pessoa que poderia trazer os tempos de glória do seu povo, de maneira que o processo de centralização

⁷² RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. *Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945)*; tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 67-68.

do poder estatal e os atos de barbárie cometidos contra seus opositores e minorias sociais não eram vistos com maus olhos por grande parcela da população alemã.

4 A TEORIA DO DIREITO NAZISTA

Neste capítulo, serão analisados o processo histórico de transformação do Direito Alemão, bem como as características principais do Direito Nazista, explicitando os princípios que regiam este ordenamento jurídico, bem como a dogmática aplicada naquela época.

4.1 O Romantismo Jurídico e a Criação de um Direito Alemão

Desde o início do século XIX, já havia uma forte mobilização jurídica, na Alemanha, com o intuito de criar um direito puramente germânico.

Friedrich Carl Von Savigny⁷³, um dos maiores expoentes do Direito Alemão e precursor da Escola Histórica do Direito, entendia que as normas jurídicas deveriam advir de um produto propriamente histórico, criado a partir do desenvolvimento e evolução de um certo povo, contrariando, assim, a Escola do Direito Natural, que defendia que o Direito era fruto da razão⁷⁴.

Para o autor, o “Espírito do Povo” seria a principal e única fonte do Direito, ou seja, as normas não poderiam ser criadas a partir de um ato intelectual, mas sim os juristas deveriam coletar os regramentos já sedimentados na sociedade. Segundo ele, o jurista não tinha o papel de raciocinar (pensar) o direito a ser aplicado a tal povo, tendo em vista que a própria sociedade, fruto de um desenvolvimento histórico já albergava todas as normas necessárias para a sua condução. Assim sendo, restaria aos juristas coletar o direito vigente, ordená-lo e sistematizá-lo⁷⁵. Ademais, sendo o Direito fruto da sociedade, este primeiro serviria como limitador do poder estatal frente ao povo, demonstrando um pensamento bastante liberal.

Eugênio Raúl Zaffaroni faz um breve comentário sobre o exposto acima⁷⁶:

⁷³ Nascido em 21/02/1779, falecido em 25/10/1861.

⁷⁴ ASHTON, Peter Walter. A HISTÓRIA DA ELABORAÇÃO DO BGB ALEMÃO. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 31, 2013. pp. 223-224.

⁷⁵ ASHTON, Peter Walter. A HISTÓRIA DA ELABORAÇÃO DO BGB ALEMÃO. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 31, 2013. p. 224.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. pp. 38-39.

“Savigny fazia depender o direito da essência e do caráter do povo, sustentando que não se pode ser uma imposição da vontade arbitrária do estado ou de um legislador, mas que antes surge como costume, ou seja, da ética e da crença popular, para que logo a jurisprudência lhe desse forma.”

Pode-se observar, deste modo, que o pensamento de Savigny tendia completamente a uma ideia de Direito concreto, ou seja, as normas abstratas derivariam dos fatos concretos resultantes da evolução histórica do povo, diferenciando-se do pensar jurídico positivista em que o fato se subsume à norma, característica de um Direito abstrato.

Note-se que apesar das semelhanças entre o pensamento savignyano e o nacional-socialista, como a exaltação da sociedade como fonte concreta do direito e o nacionalismo, há de se notar que este último rechaçava veementemente o direito romano, enquanto que ao jurista alemão era objeto de adoração.

Esta repulsa pelo direito romano pode ser compreendida através do pensamento de Helmut Nicolai, jurista nazista que conseguiu exprimir sinteticamente este aspecto romântico da superioridade do direito germânico. Frisa-se que o romantismo, aqui exposto, refere-se à idealização nazista de que tudo que provinha do seu povo e da sua cultura seria superior ao restante.

Segundo Zaffaroni, Nicolai sustentava que a miscigenação ocorrida em Roma fazia com que o sentimento e o espírito do povo fossem perdidos, como se sua alma fosse se esvaindo, de modo que o “povo romano” não seria mais do que um conjunto de indivíduos reunidos e alicerçados unicamente pela força estatal e não pela sua historicidade⁷⁷. Por se assim dizer, seria uma criação sintética do homem, em contraposição ao povo germânico, que era uma criação divina.

Para ele, o caráter divino do germanismo provinha da permanência de sua pureza quanto povo, de forma que seu espírito e sangue restavam intactos, de maneira que o direito germânico nada mais seria que o direito de Deus posto em prática biologicamente pela raça ariana, demonstrando que à sociedade germânica o direito era intrínseco, ou seja, de dentro para fora, em contraposição ao romano, que era imposto de fora para dentro, por meio da força⁷⁸.

Foi com base neste tipo de visão de mundo que se sucedeu o extermínio em massa dos povos não germânicos, principalmente dos ciganos e judeus, não

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. p. 40.

⁷⁸ Ibidem, p. 41.

⁷⁸ Ibidem, p. 41.

pertencentes à comunidade do povo. E por mais inescrupuloso que pareça, legitimava as arbitrariedades cometidas contra essas pessoas, tendo em vista que, para os nazistas, esses indivíduos, por serem racialmente inferiores, deveriam ser extintos, a fim de impossibilitar a miscigenação da raça ariana. Zaffaroni, embasando-se em Nicolai, aponta⁷⁹:

“Quem demonstrasse ser *degenerado*, não útil na comunidade do povo, devia ser expulso da comunidade dos racialmente valiosos conforme a legalidade vital, sem receber mulher nem engendrar, porque os caracteres *degenerados* deviam ser suprimidos, *inclusive sem culpa, porque eram inatos, e sua mera existência ameaçava a totalidade.*”

Outro fator de importância ao Direito Nazista consistia no dever de lealdade e fidelidade do indivíduo frente ao povo. Destaca-se que este dever de lealdade não estava ligado às normas positivas, tendo em vista que a fonte deste dever decorreria do próprio sentimento do povo, demonstrando uma forte relação entre o direito e ética no nazismo. Isto, como se depreende, possibilita os mais diversos tipos de arbitrariedade, tendo em vista que certos fatos, mesmo que não positivados, poderiam gerar consequências jurídicas aos seus autores, sem que houvesse previsão legal⁸⁰. Veja-se as palavras de Nicolai⁸¹:

“Assim o direito abria passo a partir da ideia de eticidade, em cujo ponto central estavam a lealdade e a honra como pedra fundamental da forma de ser alemã, e a sua força que obriga provinha do sanhe, unida em infinita corrente perpétua a vida. (...)

A separação romana da lei e a moral era estranha ao direito germânico que, pelo contrário, considerava direito só o que se correspondia com a perpétua ideia ética.”

Depreende-se, então, deste capítulo, que o Direito Nazista tinha como objetivo a criação de um direito estritamente germânico, refutando qualquer interferência externa à sua cultura, romantizando e idealizando que, através do resgate do passado do povo germânico, os problemas existentes em sua sociedade seriam o resultado da interferência de outros povos, os quais estariam entrando em conflito com o modo de vida comunitário alemão, impedindo o seu desenvolvimento.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. p. 41

⁸⁰ Ibidem, p. 42.

⁸¹ Die rassengesessliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistische Rechtsphilosophie von Dr. Helmut Nicolai, Leiter der Innenpolitischen Abteilung der Reichleitung der NSDAP, München, Eher, 1932, pp. 11-12, apud ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945, 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. p. 40.

Ademais, também se pôde verificar o seu caráter racista, tendo em vista que somente os membros da comunidade estariam amparados pelo direito, de modo que os “estrangeiros” estariam à mercê da arbitrariedade estatal.

Por fim, restou demonstrado o caráter irracional do Direito Nazista, o qual apelava a conceitos vazios (espírito do povo, raça, sangue, vida, ordem concreta, etc.)⁸², visando a destruição do império das leis, a fim de construir um Direito unicamente comunitário, destruindo, desta forma, a previsibilidade legal e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

4.2 A Comunidade do Povo

O Direito não era visto com bons olhos pelo regime nazista, tendo em vista que o partido, frequentemente, entendia que o Direito era um instrumento de contenção que impedia a concretização das ideias nazistas.

Assim dito, os atos praticados pelo regime não tendiam a se vincular a procedimentos e leis, mas sim, inclinavam-se às chamadas soluções ou ações de fato, que eram justamente as ações praticadas pelos órgãos policiais nazistas, (SS e Gestapo) gozadores do vasto poder que Hitler lhes concedeu como forma de reprimir as minorias e opositores políticos indesejados ao regime⁸³, o qual não era submetido à lei.

Esta aversão aos juristas e ao Direito pode ser exposta nas palavras de Ian Kershaw⁸⁴:

“O desprezo do próprio Hitler era irrestrito. Sua opinião era que “todo o jurista era defeituoso por natureza, ou assim se tornaria no correr do tempo”. Não se tratava meramente de uma questão de vitupério pessoal. Ele odiava a “idéia artificial da lei”, cuja função era simplesmente a de usar quaisquer meios que se fizessem necessários para manter a ordem pública, mas que não era um fim em si. A lei, por definição nunca poderia fornecer a “vontade”, que era um pré-requisito nazista da ação. Ela era reativa, e não ativa. Categorizava, fornecia regulamentos e, com isso, era um cerceamento inaceitável. Por mais dura que fosse, nunca conseguia refletir plenamente “os sentimentos sadios do povo”. Acima de tudo, a perspectiva de qualquer limitação ao exercício do poder do *Führer*, na teoria ou na prática, era impensável.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. pp. 44-45.

⁸³ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 91.

⁸⁴ KERSHAW, Ian. Hitler: Um Perfil do Poder; tradução, Vera Ribeiro - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, pp. 83-84.

Por conseguinte, a lei era algo que nunca poderia ser mais que parcialmente satisfatório do ponto de vista nazista, algo a ser usado e explorado, mas também ignorado, se criasse obstáculos às necessidades maiores do Estado, do Movimento, da “idéia” e do Führer. O choque entre a autoridade e “legal” e o poder “carismático” do Führer, portanto, era inerente à própria essência do nazismo.

Tanto pelo número crescente de intervenções pessoais arbitrárias no processo legal quanto por seu apoio à autonomia policial executiva, em detrimento do controle judicial, o próprio Hitler moldou a estrutura do completo desgaste da legalidade no Terceiro Reich. Por mais que os advogados “trabalhassem pelo Führer, o instrumento de implementação da vontade do Führer não poderia ser restringido pelas normas legais, mas tinha que desfrutar de plena autonomia da lei. (...)”

O regime nazista, nestes doze anos que esteve no poder, não aprovou uma Constituição que substituísse aquela formulada na República de Weimar, devido ao grande poder que Hitler já havia angariado desde a votação da Lei de Plenos Poderes, que concedia a ele a edição de leis que poderiam se apartar da Constituição e dos direitos fundamentais, já suspensos desde a lei do incêndio do *Reichstag*⁸⁵.

Desta maneira, aos olhos nazistas, seria contraproducente a aprovação de outra constituição, pois, na prática, Hitler já dispunha de todos os aparatos legais e estatais para prosseguir no desenvolvimento do novo Estado e da comunidade do povo. Ademais, a constituição seria um empecilho limitador do seu poder, o qual já estava garantido pelas medidas adotadas até então, o que evidencia que o Estado Nazista, diferente de um Estado Democrático de Direito, não se subjugava à hierarquia das leis.

Outra discrepância em relação a um Estado Democrático de Direito está na negação dos direitos fundamentais, decorrentes do princípio da dignidade humana. Este rechace está estritamente vinculado à ideia de comunidade do povo, tendo em vista que a pessoa, sob a ótica nacional-socialista, não era vista com um indivíduo dotado de direitos, mas sim como um ser detentor de deveres e obrigações para com a comunidade do povo⁸⁶. Importante esclarecer que os indivíduos aqui discutidos são os considerados arianos, pois as minorias étnicas e religiosas sequer eram vistas como indivíduos, de maneira que não faziam parte da comunidade do povo e nem eram albergadas pela jurisdição. Sobre isso, Helmut Nicolai expôs o que se segue⁸⁷:

“Desta comunidade de sangue provém o direito. Como consequência, somente dentro da comunidade do povo o direito é válido. E porque a

⁸⁵ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 92.

⁸⁶ Ibidem, p. 92.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. p. 41.

comunidade do povo é comunidade de sangue, é esta também comunidade jurídica, dos partícipes do direito. Igual sangue dá igual direito, porque o direito está condicionado pela ascendência. Quem está fora da paz, fora da ordem jurídica, nem têm iguais direitos nem é igual aos outros.”

Explicando de melhor forma, não se via a pessoa, mas sim a comunidade. A noção de ser individual deu lugar à ideia de organismo comunitário, onde o que importava era a proteção do povo alemão (comunidade) e não a proteção aos bens jurídicos fundamentais de cada um.

Os teóricos do Direito Nazista almejavam o completo distanciamento das ideias advindas do Iluminismo e do liberalismo político, mais particularmente do individualismo e do racionalismo que elas pregavam. Isto se dava pelo fato de que o nacional-socialismo “partia de um organicismo, que recorria a considerações metafísicas e emocionais⁸⁸”, ou seja, algo que não poderia se explicar, senão sentir, e os únicos que poderiam compreender tal direito seriam aqueles indivíduos, que através do sangue, seriam pertencentes à comunidade do povo.

Na obra *Mein Kampf*, Hitler já havia manifestado esse tipo de pensamento⁸⁹:

“Existe em nossa língua alemã uma expressão (Pflichtserfüllung), que descreve com admirável exatidão a disposição a obedecer o chamado do dever, vale dizer, a servir os interesses gerais. A ideia fundamental desta atitude chamamos idealismo, em contraposição com ao egoísmo, e por ela entendemos a capacidade do indivíduo para sacrificar-se a favor da comunidade, ou seja a favor de seus semelhantes.”

Como visto, o Direito não seria fruto da razão, mas sim seria derivado do são sentimento do povo, isto é, a própria comunidade teria o arbítrio de considerar o que seria Direito ou não, e já que Hitler era o “condutor” desta comunidade, caberia a ele a elaboração das leis. Estes seriam os dois princípios-bases do Direito Nazista, “o são sentimento do povo” e o “princípio do *Führer*”, sendo este último a personificação e concretização do primeiro.

As ideias liberais (racionais) davam lugar a um cenário onde o que importava era a irracionalidade, uma quase metafísica nazista, onde não se poderia explicar o direito por meios intelectivos, mas sim por meios emocionais, incompreensíveis àqueles não pertencentes à raça ariana.

⁸⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 93.

⁸⁹ HITLER, Adolf. *Mein Kampf*, p. 111 *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p. 93.

Um exemplo deste raciocínio está na seguinte frase de Wolfgang Mittermaier⁹⁰:

“O Direito não tem suas formas nas ideias liberais da humanidade, mas no ‘sangue e no solo’, em consequência não existe um direito abstrato universal, mas somente um direito conforme os sentimentos e as ideias de uma raça e nações especiais. “

Sobre o Direito Penal material, o mesmo autor expressou o que segue⁹¹:

“O Direito real não se acha nas leis abstratas, senão que repousa no coração e na consciência do povo alemão. Por isso é que as palavras da lei não têm o valor que tinham até agora. E a expressão ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ já não existe. Quando o chefe da nação dá ele mesmo, ou por meio de seus ministros, nas leis, sua opinião de governante, o juiz pode encontrar um delito igual em um fato ainda não contido em uma lei escrita. Posto que o indivíduo não tem direito a uma esfera livre, não pode exigir ser julgado somente de acordo com as leis escritas. E o indivíduo deve conhecer e, respeitar, também, como membro que é da comunidade, o direito que dorme no seio do povo. E o juiz deve interpretar as leis sempre conforme a concepção do povo.”

Neste segundo excerto fica evidente o rechaço e a insignificância que o nacional-socialismo dava ao Direito escrito, tendo em vista que os indivíduos, à priori, não deviam obediência às leis ditas como abstratas, senão necessitavam seguir os ditames do “direito” comunitário. Ademais, nos casos em que o Direito escrito não se alinhava com as regras do regime, o juiz era, de certa forma, obrigado a negar a lei positivada e aplicar àquilo que seria o “correto” perante à comunidade do povo, o que permitia que fatos não delituosos pudessem ser levados à julgamento, contrariando o princípio da legalidade das leis penais e da segurança jurídica, vigentes em um Estado Democrático de Direito.

Friedrich Schaffstein, penalista nazista, consegue expressar, de forma clara, o quão arbitrário era o direito alemão, nesta época, ao afirmar “É direito o que os arianos entendem como tal: não Direito o que rechaçam⁹²”.

No que se refere ao Direito Penal, este já não detinha o papel de defensor de bens jurídicos, mas sim possuía a função de regular e punir os indivíduos que realizassem atos contrários ao dever de lealdade ante a comunidade do povo, evidenciando o distanciamento do direito liberal de caráter individual e a aproximação

⁹⁰ MITTERMAIER, Wolfgang. La Renovación del Derecho Penal Alemán, 1934-1935, *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p. 94.

⁹¹ MITTERMAIER, Wolfgang. La Renovación del Derecho Penal Alemán, 1934-1935, *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p. 94.

⁹² SCHAFFSTEIN, Friedrich. Politische Strafrechtswissenschaft, 1934, p.19, *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p.93.

a um direito autoritário comunitário, negando a importância do indivíduo em detrimento do todo.

4.3 O princípio do *Führer*

Este subcapítulo irá se deter na explicação do princípio do *Führer* (*Führerprinzip*), considerado o princípio master do direito nazista, por grande parte dos pesquisadores, tendo em vista que este era o princípio legitimador das barbáries cometidas pelos nazistas em seu solo e nos solos conquistados, através da jurisdição ou pelas ações de fato.

Ademais, o princípio do *Führer* marcou a completa separação do Direito Nazista dos ideais liberais e iluministas, característicos de um Estado de Direito, de maneira que o que vigia na Alemanha nazista era um Estado Policial, que não estava preso à limites legais, mas tão somente à vontade de Hitler. Assim, explica Javiel Llobet⁹³:

“Um lugar fundamental no sistema de fontes do Direito constitui a vontade do Führer. Com base no princípio do Führer e a ausência de limites ao mesmo, justifica-se a atuação de fato e com isso o Estado meramente policial e de atuações de fato.

O princípio do Führer a partir da concessão do poder absoluto a Hitler, implicava o rechaço ao liberalismo, à divisão de poderes, ao Parlamentarismo e ao Iluminismo. Traduzia-se na exigência de concentração de poder em uma pessoa na administração ou na justiça, rechaçando-se os controles próprios do liberalismo político.”

É de se destacar que este princípio pôs em mudança todo o modo de pensar jurídico construído no século XIX, o qual estava atrelado às ideias liberais e iluministas, como a positivação das leis e à noção de partição do Estado. O princípio do *Führer* repudiava e considerava irrelevante as normas jurídicas, tendo em vista que a vontade de Hitler, por não respeitar diretrizes éticas, jurídicas e morais, não devia sujeição às leis, mas sim as é que deveriam estar de acordo com a sua vontade⁹⁴.

Desta forma, o Direito ficaria à mercê do sentimento do *Führer*, o qual ditaria quais atos eram ou não contrários ao Direito, o que, desta forma, fazia desmoronar a importância do Direito no nazismo, tendo em vista que as ações de fato começaram a se sobrepujar às imposições ditadas pelas leis, onde o Estado, antes de normas, começou a dar lugar a um Estado Policial.

⁹³ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 100.

⁹⁴ Ibidem, pp. 100-101.

A atuação dos órgãos de repressão nazistas (SA, SS, Gestapo) gozavam de vasta autonomia e liberdade para pôr em prática a prisão e execução das minorias étnicas e políticas, já que estes atos, aos olhos do *Führer* eram necessários para o fortalecimento e crescimento do poderio alemão, de maneira que Hitler anistiava tais atos e trancava a persecução penal dos indicados⁹⁵.

Da mesma maneira que Hitler não estava submetido ao poder jurisdicional, a sua vontade se expressava, além das leis, nos discursos ou até mesmo nas conversas particulares com seus delegados, de modo que a vontade dele, nem sempre era tornada pública, principalmente quando as ordens tinham como escopo os atos mais sórdidos do regime, como descreve Javiel Llobet⁹⁶:

“A vontade do *Führer* poderia expressar-se através da publicação de leis ordenadas pelo próprio Hitler. Usualmente se afirmava que a vontade do *Führer*, poderia ser expressa inclusive através de seus discursos. Porém, na realidade não se requeria, sequer isso dentro de um regime que não se considerava obrigado por nenhuma forma jurídica e por nenhum limite. Por isso, na forma de funcionamento do regime nacional-socialista, bastava que o *Führer* comunicasse diretamente ou através de seus delegados de forma privada sua vontade. Os atos arbitrários do regime nazista não necessitam de lei alguma, nem de comunicação pública da vontade do *Führer*, tratando o regime de mantê-los em segredo.”

Hans Frank, jurista e político nazista, explica o princípio do *Führer*⁹⁷:

“A ideologia nacional-socialista é o fundamento de todas as leis básicas, especialmente quando estão explicadas no programa do partido e nos discursos do *Führer*.

(...)

Não existe nenhuma independência da lei contra o nacional-socialismo. Em cada decisão que adotem, digam-se a si mesmos: como decidiria o *Führer* no meu lugar? Em cada decisão perguntem-se: ‘É compatível esta decisão com a consciência do povo alemão?’ Então terão vocês um firme e férreo cimento que, aliado à unidade do Estado Nacional-socialista do Povo e com reconhecimento da natureza eterna da vontade de Adolf Hitler, dotará suas próprias esferas de decisão da autoridade do Terceiro Reich, e isto para sempre.”

Neste excerto, Hans Frank faz menção ao papel dos juízes no regime, os quais deveriam proferir suas decisões de acordo com a vontade do *Führer* e em consonância com o sentimento do povo, demonstrando que os aplicadores do Direito não poderiam interpretar ou fazer um controle jurídico das disposições, leis e

⁹⁵ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 100.

⁹⁶ Ibidem, p.101.

⁹⁷ Citado por SHIRER, William. Auge y caída del Tercer Reich. Volumen I. Triunfo de Adolf Hitler y sueños de conquista, 2010, p. 382, *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p.93.

ordenanças impostas pelo *Führer*⁹⁸, o que evidencia o controle sofrido pelo poder Judiciário por Hitler, o qual era considerado, além de legislador de mais alto nível, o juiz de mais alto nível⁹⁹.

Em sentido contrário, os magistrados poderiam inovar juridicamente, ao julgarem atos considerados dissonantes aos ideais do *Führer* ou ao são sentimento do povo, caracterizando uma afronta aos princípios da legalidade e permitindo, aos juízes, o poder de legislar, tendo em vista que poderiam “criar Direito”¹⁰⁰, o que pode ser considerado, à grosso modo, uma espécie de ativismo jurídico consentido e perverso.

Ainda, as leis ditadas antes da tomada do poder pelo nazismo poderiam sofrer controle e serem postas sem aplicação, quando contrárias ao são sentimento do povo.

Como se pode ver, o princípio do *Führer* era o alicerce de todo o aparelho estatal nazista. A figura de Hitler não se detinha somente ao cargo de líder nazista, tendo em vista que foi criado a ideia de que ele era o único ser capaz de concretizar as ideias, os princípios e as aspirações do povo alemão. Ele não era considerado mais uma peça do dispositivo estatal, mas sim o organismo estatal como um todo, visto que no ideário nazista, a figura de Hitler se confundia com a totalidade, de modo que suas ações seriam, nada menos, do que as vontades e o sentimento do povo germânico¹⁰¹.

Esta invenção ideológica, criada pelos juristas nazistas, tinha o único objetivo de legitimar as ações do regime, pelo motivo de que o Direito, por ser uma criação histórica do povo, estaria submetido aos seus arbítrios, e, sendo Hitler a materialização do povo alemão em pessoa, o Direito deveria ser subordinado a ele, de maneira que o seu poder não estaria submetido a garantias e controles, pois não advinha de dispositivos jurídicos, mas sim de algo supra, metafísico¹⁰².

Esta característica do princípio do *Führer* permitia que os atos de Hitler poderiam se apartar das normas vigentes, dando margem aos mais diversos tipos de arbitrariedades cometidas pelo regime. A título de exemplo, o assunto Rohm demonstra exatamente este abuso e agressão ao Direito cometido por Hitler e seus

⁹⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 102.

⁹⁹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 102.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 102.

¹⁰¹ Ibidem, p. 103.

¹⁰² Ibidem, p. 103.

subordinados, tendo em vista que, como visto anteriormente, as pessoas supostamente envolvidas no golpe contra Hitler foram executadas sem que houvesse julgamento, simplesmente porque Hitler, juiz de maior nível do regime, julgou que tal medida seria a mais eficaz, para a repreensão dos supostos golpistas¹⁰³.

Ian Kershaw faz menção a este acontecimento¹⁰⁴:

“De volta ao quarto, Hitler deu ordens para o fuzilamento imediato de seis dos homens da SA detidos em Stadelheim, marcando seus nomes numa lista fornecida pela administração da prisão. Eles foram prontamente levados para fora e fuzilados pelos homens de Dietrich. Não houve nem mesmo um processo sumário. Aos acusados, disseram simplesmente antes do fuzilamento: “Você foi condenado à morte pelo Führer! Heil Hitler!”

Hitler, a fim de justificar a barbárie cometida na “Noite dos Longos Punhais”, foi ao *Reichstag* e fez a seguinte declaração¹⁰⁵:

“Os motins são rompidos de acordo com as leis de ferro eternas. Se sou censurado por não procurar os tribunais em busca de sentenças, só posso dizer: nessa hora, eu era o responsável pelo destino da nação alemã e, portanto, o juiz supremo do povo alemão. [...] Dei ordem para fuzilar os mais culpados dessa traição, e depois dei ordem para queimar até a carne crua as úlceras de nosso envenenamento de poço interno e do envenenamento externo.”

Importante ressaltar que os juristas alemães não se manifestaram em oposição ao ocorrido, nem mesmo à declaração feita por Hitler¹⁰⁶. Inclusive, Carl Schmitt, um dos principais idealizadores da ordem jurídica nazista, em seu artigo “O *Führer* protege o Direito”, disse: “o *Führer* (líder) é o juiz de maior hierarquia, pelo que, ao proteger o Direito, frente ao pior abuso, à vista do perigo cria Direito¹⁰⁷.”

Neste breve excerto, resta evidente a completa obscuridade que pairava no âmbito jurídico alemão neste período. Schmitt e outros diversos juristas constantemente criavam teses, no sentido de buscar uma base legal para os atos injustificáveis do regime. Se Hitler era o “guardião do Direito”, como ele próprio poderia violá-lo? Esta afirmação de Schmitt, se vista de um ponto de vista democrático, nada mais seria do que a defesa do indefensável, visto que na ocasião do assunto Rohm, Hitler, utilizando o maquinário estatal, tratou de aniquilar a última barreira que lhe separava de se tornar o líder supremo da Alemanha.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 104.

¹⁰⁴ KERSHAW, Ian. Hitler; tradução, Pedro Maia Soares - São Paulo: Companhia das Letras, 2010. pp. 343-344.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 347.

¹⁰⁶ SERRANO, Ana Rubio. Os Nazis e o Mal. A destruição do Ser Humano; tradução, João Romão. Babel Inc. 2017. p. 35.

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. Der Führer schutz des Recht, pp. 946-950, *apud* RODRÍGUEZ, 2019, p.104.

No nazismo, portanto, a soberania das leis deu lugar à soberania do *Führer*, ilustrando o desaparecimento do Estado de Direito e a sua conversão em um Estado Totalitário.

A morte de milhares de pessoas, através das chamadas “mortes piedosas” (eutanásia), era ato comum no regime nazista. Até outubro de 1939, contudo, estas ações ocorriam secretamente, ou seja, sem que houvesse uma disposição administrativa ou normativa que a “legitimasse”. Contudo, ao final de outubro, Hitler endossou o extermínio das chamadas “vidas sem valor”, ao mandar um memorando ao Ministro da Justiça Gurtner, demonstrando sua aprovação da eutanásia¹⁰⁸.

A prática da eutanásia teve, ainda, um programa próprio, denominado “Aktion T4”. O objetivo deste programa consistia na eliminação das pessoas com qualquer tipo de deficiência, portadores de enfermidades incuráveis e idosos. Isto tudo ocorria, porque os nazistas queriam criar uma nação com pessoas “geneticamente superiores” livres de qualquer tipo de deformidade ou doença¹⁰⁹. A respeito do assunto, leciona José Roberto Goldim¹¹⁰:

“Em outubro de 1939, a Alemanha Nazista implantou a “Aktion T 4”, que era um programa de eliminação de recém-nascidos e crianças pequenas, até 3 anos, que tinham uma “vida que não merecia ser vivida”. Os médicos e parteiras tinham o dever de notificar a autoridade sanitária de casos de retardo mental, deformidades físicas e outras condições limitantes. Uma junta médica de três profissionais examinava cada caso e a eliminação somente era realizada quando houvesse unanimidade.

O programa logo se estendeu (sic) para adultos e velhos. Os pacientes que deveriam ser notificados eram portadores de esquizofrenia (sic), epilepsia, desordens senis, paralisias que não respondiam a tratamento, sífilis, retardos mentais, encefalite, doença de Huntington e outras patologias neurológicas. Eram também incluídos os pacientes internados a mais de 5 anos ou criminalmente insanos. Foram acrescidos os critérios de não possuir cidadania alemã, ou ascendência alemã, discriminando especialmente negros, judeus e ciganos.”

Importante ressaltar que este programa não foi bem aceito em alguns setores da sociedade alemã, especialmente nos que eram ligados à Igreja Católica e Luterana, de maneira que suspenderam o programa em 24 de agosto de 1941, o que não impediu que a prática continuasse acontecendo às escuras¹¹¹.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 106.

¹⁰⁹ JUNIOR, Antonio Gasparotto. Aktion T4. Disponível em “<https://www.infoescola.com/segunda-guerra/aktion-t4/>”. Acesso em 09/06/2020.

¹¹⁰ GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Alemanha Nazista 1939-1941. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutnazi.htm>. Acesso em 09/06/2020.

¹¹¹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 106-107.

Outro fato importante a frisar foi a atuação do magistrado alemão Lothar Kreyssig, que enviou uma carta para o presidente da suprema corte prussiana, demonstrando a sua preocupação a respeito das referidas práticas ocorridas nos campos de concentração e nos sanatórios. Ademais, proferiu decisões que impediam a transferência dos pacientes, na área da sua jurisdição, sem sua permissão. Tal foi a importância das ações de Kreyssig, que o Ministro da Justiça, Gürtner, foi ao seu encontro, a fim de convencê-lo a parar de obstaculizar a efetivação do programa. Na ocasião, o ministro disse que o programa de eutanásia era a “vontade do *Führer*”, sendo sua vontade a “fonte do direito”. Com a refutação de Kreyssig em cassar as suas próprias decisões contra os hospitais, o ministro decidiu por aposentar, com antecedência, o magistrado¹¹².

Este breve comentário a respeito do projeto de eutanásia serve como um forte exemplo do princípio do *Führer*, haja vista que o programa não fora previsto no âmbito jurídico, mas tão somente tivera sua gênese nos planos da cúpula nazista.

Deste modo, ao longo desta seção, foi demonstrada e exemplificada a importância do princípio do *Führer* no ordenamento jurídico nazista, a qual tinha importância ímpar, tendo em vista que a maioria dos atos antidemocráticos, tomados à época do regime, se utilizavam desta prerrogativa, propiciando e semeando a completa arbitrariedade jurídico-legislativa neste período.

5 O POSITIVISMO JURÍDICO E O REGIME NAZISTA

Após o término da Segunda Guerra Mundial, muitos juristas alegaram que o principal culpado pelas atrocidades cometidas pelo regime seria o Positivismo Jurídico¹¹³.

Entre estes juristas, podemos citar o nome de Gustav Radbruch, o qual se manifestou no sentido de que os juristas, à época, restaram aprisionados e a mercê do Positivismo Jurídico, tendo em vista que restavam aos juízes a simples aplicação da lei, sem que pudessem fazer qualquer juízo de valor acerca dos ditames legais impostos pelo nacional-socialismo.

¹¹² LINDER, Douglas O. Law's Heroes: Dr. Lothar Kreyssig. Disponível em <https://famous-trials.com/nuremberg/1892-lawsheroes>. Acesso em 09/06/2020.

¹¹³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 108.

A respeito do tema, colaciono uma passagem da circular (Cinco Minutos de Filosofia do Direito) que Radbruch enviou aos seus alunos em Heildelberg, após o término da Segunda Guerra Mundial¹¹⁴:

“Primeiro Minuto

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever da obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, o jurista [...] não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se impor.

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.”

Da mesma forma, em seu livro “Introdução à Filosofia do Direito¹¹⁵”:

“O positivismo jurídico, que pode ser sintetizado sob sua fórmula “a lei é a lei”, deixou os juristas e a magistratura da Alemanha indefesos diante de monstruosas crueldades e arbitrariedades, por terem sido praticadas pelos detentores do poder daquela época sob a forma da lei, assim como diante da subsequente necessidade de correção jurídica das consequências de tais atos ilícitos, a propósito do qual continuou a apresentar novas dificuldades.”

Mesmo embora as declarações de Radbruch e de outros juristas da época contra a teoria positivista, há de salientar que as barbáries cometidas pelos nazistas em nada se basearam no Positivismo Jurídico, como passaremos a ver.

Há de se salientar que o Positivismo Jurídico, cujo maior expoente e defensor era Hans Kelsen, era alvo de inúmeras críticas durante o nazismo. Ademais, há de ser frisado que Kelsen, por ser judeu, foi destituído de suas funções públicas, logo após a aprovação da Lei de Restauração do Funcionariado¹¹⁶, de maneira que resta impensável a hipótese de aceitação da teoria positivista como sendo a embasadora do ordenamento jurídico nacional-socialista, como explica Llobet Rodriguez¹¹⁷.

“O autor positivista que foi o maior alvo das críticas durante o nacional-socialismo foi Hans Kelsen, quem não somente era um democrata convencido, senão que, ademais, era judeu. Precisamente foi um dos primeiros professores que foram destituídos com a entrada no poder do regime nazista, logo a partir da aprovação da lei do funcionariado, à qual se

¹¹⁴ RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito; tradução Rogério Braga. Disponível em <https://www.queroserfilosofo.com.br/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-por-gustav-radbruch/>. Acesso em: 08/09/2020.

¹¹⁵ RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução Jacy de Souza Mendonça. Disponível em <http://valorjustica.com.br/introducao.pdf>. Acesso em 09/09/2020.

¹¹⁶ Lei aprovada em 7 de abril de 1933, a qual excluiu os judeus da função pública. Ver: RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 73.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 111.

fez referência no capítulo segundo. Por isso resulta paradoxal que a partir do nazismo os juristas se excusassem dizendo que a culpa de sua atuação durante o regime deveu-se ao positivismo jurídico, argumento com o qual se incluía o máximo representante do mesmo, que era Hans Kelsen. Uma vez mais se atribuía a este jurista judeu a culpa. Com base nisso voltou-se a criticar o positivismo jurídico de Kelsen e defendeu-se um Direito Natural, baseado em considerações religiosas ou com uma forte base moral.”

Entretanto, apesar de ser importante esta constatação, ela funciona, tão somente, como elemento informativo, haja vista que o regime nazista não utilizou o positivismo jurídico como meio legitimador de seus atos, não porque o expoente deste movimento era judeu, mas sim pois o juspositivismo, por ser caracterizado pela rigidez formalística e alto grau de vinculação jurídico-normativa, funcionaria como limitador do poder repressivo nazista, de modo que não supriria as exigências do partido, para suas finalidades torpes.

Como visto nos capítulos anteriores, o Direito Nazista era baseado em princípios e conceitos vagos, em que as leis eram alicerçadas na vontade do *Führer*, bem como na eticidade proveniente do conceito de comunidade do povo.

No que concerne à Escola Histórica de Direito, o seu caráter romântico e antirracional possuía estreita relação com o pensar nazista¹¹⁸. Como visto previamente, o Direito, para os historicistas deveria estar submetido ao espírito do povo, devendo ser construído, assim, através da evolução de uma determinada sociedade, proveniente de um passado comum. Ainda, esta escola refutava veementemente o Iluminismo e todos os ideais advindos da Revolução Francesa. Entretanto, há duas grandes discrepâncias entre o nazismo e o conceito de Direito criado pela Escola Histórica; primeiramente, para o nazismo, o caráter racial exercia grande influência no seu conceito de nação, enquanto que para a Escola Histórica, a nação seria uma figura originada por um conjunto de indivíduos com um passado e tradições comuns, o que incluiria os judeus, neste caso¹¹⁹. Em segundo, o nazismo queria se desvincular do Direito Romano¹²⁰, o qual era muito cultuado por Savigny, principal expoente da Escola Histórica; isto se devia, pois o nacional-socialismo almejava um Direito puramente germânico (comunitário), o qual se considerava incompatível com os pensares românicos (materialista e individualista).

¹¹⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 111.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 112.

¹²⁰ Ibidem, p. 112.

A Escola do Direito Livre, por sua vez, se alinhava ao pensamento nazista no que se referia a sua fuga às cláusulas gerais. Esta escola criticava o positivismo, pois, em grande parte, entendiam que “o Direito positivo não era o suficiente para a resolução dos casos”, ou seja, daqueles casos em que não se encontra solução dentro do ordenamento jurídico. Desta forma, as lacunas jurídicas seriam resolvidas pelo senso de justiça dominante na comunidade¹²¹. A chamada “fuga às cláusulas gerais¹²²”, enormemente utilizadas no período nazista, nada mais era do que a utilização de termos, conceitos e textos vagos, que tinham como objetivo dar aos juízes uma grande gama de arbitrariedade na resolução de casos localizados fora do ordenamento jurídico. Assim sendo, caso o magistrado se deparasse com um fato que não se harmonizasse com os ideais do partido, ao sã sentimento do povo ou à vontade do *Führer*, este poderia proferir uma sentença que, ao seu ver, se concatenasse com estas cláusulas.

Importante lembrar que esta interpretação judicial somente poderia ocorrer nos casos em que não houvesse lei ou quando a lei, previamente existente, não estivesse de acordo com estas cláusulas. De outra forma, todas as disposições feitas sobre a égide do regime, deveriam ser respeitadas e aplicadas sem qualquer possibilidade interpretativa, o que demonstra uma discrepância na ideia de Direito defendida pela Escola de Direito Livre, visto que, para eles, o juiz tinha papel essencial, pois somente através da magistratura é que se poderia extrair o real significado dos textos jurídicos. Ademais, as principais figuras desta escola eram judias, de modo que o regime procurou não vincular esta escola ao nazismo¹²³.

Como visto, o Positivismo Jurídico, na Alemanha, já apresentava sinais de desgaste, as quais já vinha desde a República de Weimar, de modo que grande parcela dos juristas alemães já não compactuava com a visão fechada do direito, defendida por esta doutrina¹²⁴.

É relevante frisar que o positivismo jurídico nunca foi visão majoritária entre os juristas alemães, muito porque, desde a República de Weimar, o Judiciário alemão não demonstrava apego às formas da lei, tendo em vista que grande parcela dos juízes eram simpatizantes às posições conservadoras, de maneira que tendiam, em

¹²¹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 112.

¹²² Ibidem, p. 113.

¹²³ Ibidem, p. 113.

¹²⁴ Ibidem, p. 113.

muitos casos, a julgar os casos desapegados da lei, através de interpretações que buscassem favorecer os grupos de direita (conservadores), desfavorecendo, por muitas vezes, as forças da esquerda, as quais eram julgadas com maior severidade¹²⁵.

Ademais, salienta-se que a busca pela criação de um Direito autoritário, caracterizado pelo rechaço aos princípios de um Estado de Direito, não teve como gênese a tomada de poder pelo nazistas, tendo em vista que, desde Weimar, já se buscava um Direito de cunho popular, ou seja, anti-individual e antiliberal, sendo, por consequência, antipositivista. Sobre isto, expõe Javiel Llobet¹²⁶:

“... é preciso ressaltar que durante a República de Weimar existiu uma tendência do que poderia ser chamada a “Revolução conservadora” ao reclame de um Direito populista ou popular (völkisch). Por isso se acudia a uma linguagem romântica, de carácter irracional, contrária ao método positivista e aos princípios de um Estado de Direito. Reclamava-se que o Direito Deveria considerar conceitos como povo, comunidade, nação e organismo. Advogava-se contra o liberalismo, a igualdade, o parlamentarismo, o sistema de partidos e o pensamento democrático. Partia-se de um novo conceito de liberdade, que não estava ligado aos direitos fundamentais, mas à obrigação do indivíduo com a totalidade. Isso no relativo ao Direito Penal conduzia ao reclame contra a leniência do sistema punitivo. Trata-se de uma concepção que tendeu a imperar durante os últimos anos da República de Weimar e que era sustentada pela direita conservadora não nacional-socialista. Era uma concepção autoritária, que apelava definitivamente a termos irracionais. Todos estes conceitos foram assumidos pelo nacional-socialismo, o que enfatizou o carácter racional do Direito.”

Como visto nesta breve passagem, a ideia de um direito autoritário já era, há tempos, trabalhada por uma parcela dos juristas, não podendo ser creditado ao nazismo a concepção deste viés ideológico.

Podemos dizer que a concepção do Direito nacional-socialista foi o marco que deu cabo ao fim da doutrina positivista na Alemanha.

A concepção do Direito Nazista, ao contrário do que prega o positivismo, baseava-se em conceitos irracionais, tendo como alicerce a elaboração de um direito orgânico, onde a comunidade do povo exercia um aspecto de suma importância na criação do Direito, o qual seria baseado em conceitos como “raça, sangue, terra e povo”.

Ainda, a hermenêutica utilizada à época do nacional-socialismo propunha que a interpretação dos textos jurídicos deveriam se dar pelo sentimento do magistrado (que deveria estar de acordo com o são sentimento do povo), caracterizando a

¹²⁵ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 115.

¹²⁶ Ibidem, p. 115.

transcendentalidade da decisão jurídica, o que aos olhos do positivismo seria completamente inviável, visto que os positivistas buscavam o desenvolvimento de um direito científico de caráter imanente, o qual poderia ser explicado e entendido empiricamente, como se ciência fosse.

Outra discrepância entre o Direito Nazista e o positivismo consistia na figura do *Führer*, tendo em vista que este tinha papel de intérprete supremo, já que considerado juiz de mais alto grau do regime. Desta forma, o Direito nada mais seria do que a vontade de Hitler, de modo que a ele não havia limites jurídicos, morais ou éticos, pois Direito era o que ele considerava como tal, caracterizando o império da arbitrariedade, em contraposição ao império das normas, buscada pelo positivismo¹²⁷.

A doutrina jurídica nazista era completamente contrária ao positivismo, rechaçando os postulados referentes ao respeito às fontes jurídicas e à segurança jurídica, característicos desta doutrina.

Para Carl Schmitt, o nazismo foi o responsável pela criação de um novo método de compreensão do direito, haja vista que este não estaria mais preso nas rédeas do formalismo e normativismo¹²⁸, mas sim poderia ser interpretado por cláusulas gerais, as quais dariam mobilidade ao direito, de modo a inviabilizar as lacunas jurídicas, específicas de um Direito positivo e fechado. Veja-se¹²⁹:

“Na Alemanha é possível ver hoje de modo mais claro em que medida chegou a seu fim o tempo do positivismo jurídico. Em toda a parte e em todos os campos da vida jurídica penetram as chamadas ‘cláusulas gerais’ e, em detrimento da ‘segurança’ positivista: conceitos indeterminados de todo o tipo, reenvios a medidas de conceitos extralegais como bons costumes, lealdade e boa-fé, exigibilidade e não exigibilidade, razão suficiente, etc., que supõem uma renúncia ao fundamento do positivismo, a saber, a decisão legal, por sua vez contida e desvinculada da norma. Nem a legislação nem a jurisdição poderiam hoje prescindir dela. Converteram-se na Ciência Jurídica alemã, desde há mais de um ano, em uma questão jurídica importante. Sua aparição e força são objeto de advertência por considerá-las como um perigo para a segurança e a previsibilidade jurídicas. Desde o ponto de vista do credo positivista - segundo o qual só a união da decisão com a força jurídica a regra, dada por esse positivismo, garante a segurança jurídica - essas prevenções e receios tem fundamento. Com elas, a lei, perfeita em si mesma e sem lacunas, o ‘fundamento da evidência falha’.

Karl Larenz possuía pensamento semelhante ao de Schmitt, ao formular a teoria dos conceitos concretos-gerais, dando ênfase aos conceitos de “ideia nacional

¹²⁷ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 116-117.

¹²⁸ Ibidem, pp. 116-117.

¹²⁹ Ibidem, p. 119.

do Estado” e “espírito do povo¹³⁰”. Para ele, as normas jurídicas nada mais seriam do que a materialização da ideia nacional, proveniente do espírito do povo. Sobre o dito¹³¹:

“O povo é a comunidade que em sua ordem jurídica se dá a ordenação vital a ela adequada e só como espírito popular singular é a substância criadora que constitui a base do mundo, uma força e uma realidade determinantes da vida comunidade.

(...)

O juiz se acha vinculado à lei como expressão da vontade jurídica nacional; mas a lei, por sua vez, não é senão um meio de expressão da ideia jurídica nacional, e assim tem que ser compreendida e aplicada. Haverá de ser considerada, pois, não meramente em sua existência empírica, senão a par também em sua significação supra empírica, como concreção do espírito do povo. A tarefa de concretizar a ideia nacional, enquanto tarefa configuradora da vida da comunidade, é, em primeiro lugar, a meta da caudilhagem política.”

Como visto, resta errônea a afirmação de que o Direito Nazista seguia, à risca, os ditames da doutrina positivista. O que se verificou foi completamente o oposto, já que o sistema jurídico nazista foi estritamente alicerçado em conceitos vagos (cláusulas gerais) recheados de eticidade, os quais oportunizavam aos magistrados a capacidade de julgar os casos de forma arbitrária, muito porquê as decisões não precisariam ser embasadas na lei, mas sim na moral comunitária (são sentimento do povo).

Heribert Ostendorf, mencionado na obra de Javiel Llobet, sublinhou que se o Direito Nazista estivesse estritamente sujeito aos ditames positivistas, o Tribunal Popular (*Volksgeschichtshof*) só poderia ter ordenando 5% das sentenças de morte que ordenou¹³².

O papel do Direito, no regime, foi secundário, tendo em vista a aversão e o desprezo de Hitler pelos juristas¹³³. Ademais, o regime considerava que a elaboração de um ordenamento jurídico nazista seria mais prejudicial do que benéfico, tendo em vista que este, mesmo sendo autoritário, funcionaria como uma espécie de limite aos seus atos perversos.

¹³⁰ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. pp. 122-123.

¹³¹ LARENZ, Karl. La Filosofía contemporánea del Derecho, 2009, pp. 265-266, *apud* RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 119.

¹³² RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 124.

¹³³ *Ibidem*, p. 124.

O holocausto, por exemplo, não foi regulado por uma lei, mas sim foi ordenado secretamente por Hitler e a alta cúpula do Partido Nazista, na chamada “Solução Final”. A respeito do assunto, expõe-se¹³⁴:

“Após o início da Segunda Guerra Mundial, um debate muito importante no interior do Partido Nazista era “a questão judia”. Adolf Hitler tinha como ideia inicial promover o extermínio dos judeus após a vitória alemã nesse conflito. Enquanto isso, os nazistas continuavam aprisionando-os e promovendo todo tipo de absurdo contra eles.

A violência contra os judeus era consideravelmente maior no leste europeu. Na Polônia, por exemplo, eles foram obrigados a mudar-se para guetos, locais onde milhares deles foram agrupados em um pequeno espaço de terra. Os judeus já eram sujeitos a jornadas de trabalho forçado na Alemanha, e, com a guerra, isso se estendeu por essa porção do continente.

Uma série de ideias, nesse sentido, foi proposta pela cúpula nazista, como a deportação dos judeus para a União Soviética e para Madagáscar, na África. No entanto, à medida que os nazistas perdiam o controle da guerra, as ações contra essa etnia radicalizavam-se. Até que Reinhard Heydrich e Heinrich Himmler elaboraram o plano conhecido como Solução Final.

O nome Solução Final foi utilizado pelos nazistas como um eufemismo para o extermínio dos judeus. Esse plano estipulou que eles deveriam ser fisicamente eliminados, e isso deu início a uma série de ações. Neste texto destacaremos o papel dos *Einsatzgruppen* (grupos de extermínio) e dos campos de concentração criados durante o Holocausto.”

Por estas razões, o regime começou a adotar as atuações de fato, de modo que o Estado de Direito, imperioso na República de Weimar, transfigurou-se em um Estado quase que estritamente policial, onde os atos cometidos pelos adeptos do regime não estavam demarcados por qualquer disposição legal, propiciando, assim, a absoluta arbitrariedade¹³⁵.

6 O ESTADO NAZISTA E AS ATUAÇÕES DE FATO

Nesse capítulo, serão expostos os principais órgãos de repressão nazistas, de modo a clarificar o modo de funcionamento do sistema persecutório contra àqueles indivíduos considerados contrários aos preceitos do partido, os quais compreendiam desde inimigos políticos, pessoas com passagem criminal até indivíduos conceituados como inferiores, por causa de sua “raça” (judeus e ciganos).

Assim sendo, este capítulo se deterá no sistema de repressão policial, o qual não era vinculado à judicatura, sendo assim desvinculado das normas jurídicas, de modo que também desvinculadas do Positivismo Jurídico.

¹³⁴ SILVA, Daniel Neves. Holocausto. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/holocausto.htm>. Acesso em 26/09/2020.

¹³⁵ RODRÍGUEZ, Javier Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 124.

6.1 Os instrumentos de repressão policial nazistas

Abrindo este capítulo, far-se-á uma breve menção aos principais instrumentos de repressão utilizados pelo regime nazista, os quais foram responsáveis pela sistematização de um gigantesco sistema penal subterrâneo e pela fomentação de uma das maiores arbitrariedades já vistas pela humanidade¹³⁶.

O chamado sistema penal subterrâneo, característicos dos estados antidemocráticos, refere-se às práticas policiais cometidas às margens dos juízes, fora do âmbito judicial.

No regime nazista, os principais instrumentos de repressão foram a SA (*Sturmabteilung*), a SS (*Schutzstaffel*) e a Gestapo (*Geheime Staatspolizei*).

Destaca-se que a importância dada às forças policiais era algo inerente ao partido nazista. Desde sua criação, o partido criou a SA, tropa paramilitar encarregada de dar o suporte de segurança nos primeiros anos do partido, bem como de realizar atos de terror, como “tumultos, agitações de caráter antisemita, badernas na rua e em espaços fechados, lutas contra comunistas e social-democratas e até homicídios¹³⁷”.

Constata-se que, no dia em que Hitler foi nomeado chanceler, já havia mais de trezentos mil homens pertencentes à SA, número maior que o efetivo militar da *Wehrmacht* (exército alemão), evidenciando o forte poderio deste grupo.

Contudo, como já visto anteriormente, com o crescente desenvolvimento da SA, Hitler ordenou a execução dos principais líderes do grupo, incluindo o chefe Ernst Röhm, de modo que as tropas da SA foram incorporadas pela SS, chefiada por Heinrich Himmler.

A Gestapo, por sua vez, foi criada pela lei prussiana de 26 de abril de 1933, assinada erroneamente por Hitler, tendo em vista que cabia ao primeiro-ministro Hermann Göring a assinatura da lei, por se tratar de uma lei da Secretaria de Estado da Prússia¹³⁸. Este breve comentário se demonstra importante, pois evidencia, mais uma vez, o desprezo nazista pelas leis, visto que, até àquela data, ainda imperava os

¹³⁶ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*, 2011. 373f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 146.

¹³⁷ GERDA, Gerick. 1920: Nazistas criam precursora da SA. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/1920-nazistas-criam-precursora-da-sa/a-324994>. Acesso em: 02/10/2020.

¹³⁸ Decreto de Criação da Gestapo. Disponível em: <http://pt.worldwar-two.net/eventos/decreto-da-criacao-da-gestapo-assinado-por-hitler-e-so-depois-por-goering/>. Acesso em 02/10/2020.

ditames constitucionais da República de Weimar, devendo, assim, serem respeitadas a autonomia administrativa dos estados alemães.

Primeiramente, a Gestapo deteve o papel de investigar os membros da Polícia, a fim de verificar quais os membros que eram suspeitos de ter ligação com o comunismo¹³⁹. Esta “limpeza” do aparato policial tinha como objetivo o enfraquecimento dos grupos políticos considerados potencialmente perigosos pelo partido, de maneira que os comunistas, após o incêndio do *Reichstag*, foram perseguidos de forma veemente.

Em 1934, a Gestapo passou às mãos de Himmler, de maneira que a polícia política estendeu os seus poderes para além da Prússia, obtendo, desta forma, influência nacional e independência¹⁴⁰.

Assim, todo o trabalho investigativo, com coleta de informações, era feito por este braço policial, de modo que o processo de perseguição das minorias étnicas e dos inimigos políticos foi efetuada pela Gestapo.

Entretanto, lembra-se que este sistema penal subterrâneo era direcionado às pessoas não pertencentes à comunidade do povo, de maneira que o sistema punitivo formal ficava restrito aos arianos traidores ou delinquentes comuns. Ademais, embora, em tese, o sistema penal subterrâneo somente se direcionasse aos estranhos à comunidade do povo, as execuções de alemães ocorriam de forma corriqueira, quando as forças policiais ou o próprio Hitler considerasse que a sentença judicial fora demasiada branda. Neste sentido, leciona Zaffaroni¹⁴¹:

“Na verdade, isto não era uma anomalia dentro do poder nazista, porque - como assinalamos anteriormente - , o poder punitivo formal, ou seja, a justiça penal, ocupava-se dos arianos traidores ou delinquentes comuns, mas não dos inimigos externos, que eram matéria do direito administrativo, quer dizer, diretamente das polícias. Assim, durante a guerra, os trabalhadores civis poloneses que incorriam em atos de indisciplina ou abandono do trabalho eram diretamente executados pelas autoridades policiais sem intervenção judicial alguma.

De qualquer forma, os limites entre o sistema penal judicial e o subterrâneo não estavam tão claros na prática, porque as chamadas *Korrekturen* eram execuções realizadas, por iniciativa própria, pela polícia ou a SS, embora, em alguns casos, por decisão de Hitler, quando considerassem que as penas impostas pelos juízes eram benignas. Estas execuções sem processo apareciam nos jornais como mortes em tentativas de fuga.”

¹³⁹ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*, 2011. 373f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 147.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 147.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. pp. 85-86

O aumento dos poderes policiais, sem qualquer tipo de interferência judicial, foi alvo de tensão com os juízes, o quais eram contra autonomização policial. Isto fez com que a assessoria jurídica da Gestapo começasse a teorizar a respeito do assunto, de maneira a buscar um meio de legitimar esta independência. Zaffaroni, em sua obra, menciona o nome de Werner Brest, assessor jurídico da Gestapo, o qual produziu um artigo em defesa da autonomização do poder policial¹⁴²:

“Os assessores jurídicos da Gestapo, desde os primeiros anos do regime, teorizaram como uma virtude a autonomização policial, que, em seguida, foi sendo ampliada e gerou tensão com os juízes. Assim, em um artigo de Werner Brest de 1936, afirmava-se que polícia política é a defeituosa designação para a instituição estatal, criada por motivos políticos ou acompanhada de consequências políticas, para defender o Estado e o povo com todos os meios de execução imediata e para gerar a informação e as possibilidades de vigilância requeridas para preparar esta defesa.

Segundo esta personagem, que conseguiu sair com vida do juízo que fizeram os dinamarqueses pelos crimes cometidos em seu território e que morreu quase impunemente e já idoso em sua terra, sustentava que, ao longo da história, nunca houve, na Alemanha, uma verdadeira polícia política no sentido da anterior definição, porque o jogo de partidos e parcialidades o impedia. Por estas razões, o “Führerstaat” nacional-socialista desenvolveu pela primeira vez na Alemanha uma polícia política moderna, quer dizer, conforme as nossas necessidades, como uma instituição que vigia cuidadosamente o estado da saúde política do corpo popular alemão, individualizar, com todos os meios adequados, reconhece e oportunamente elimina qualquer sintoma patológico e qualquer semente de destruição, seja de geração própria ou proveniente de envenenamento doloso externo.

Defendia abertamente e sem restrições a tese que a polícia deveria ficar à margem de qualquer limitação normativa: Uma normatização legal do uso dos meios de uma polícia política é tão pouco possível como prever todas as classes de agressões dos inimigos do Estado e qualquer outro perigo que possa ameaçar o Estado no futuro e descrevê-lo. Evita-se o abuso destas funções – ilimitadas em si mesmas – mediante a adequada seleção do pessoal, não só quanto a sua capacidade material, mas também conforme valores de caráter e humanos, mediante forte disciplina e autocontrole dentro do corpo e, principalmente, pelo seguro da sua imediata dependência da condução do Estado. Todas as instituições estatais (com exceção das forças armadas e da polícia política) devem trabalhar necessariamente conforme formas jurídicas sólidas e igualitárias, já que não comove nem se expandem por todas as estruturas estatais. Só a “Wehrmacht” em luta contra o inimigo externo e a polícia do Estado em luta contra o inimigo interno devem ficar livres dessas ligaduras para poder cumprir as suas tarefas. Por isso, é necessária uma clara organização diferencial em relação aos outros ramos da administração estatal.”

Como visto, o regime nazista criou diversos órgãos de repressão, como meios de coibir e reprimir as camadas sociais e políticas que pudessem representar eventuais empecilhos ao seu domínio.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019. pp. 86-87.

Ademais, resta cristalino que este aparato administrativo era organizado de forma meticulosa, onde cada órgão policial tinha um objetivo específico, de modo a otimizar os meios de repressão.

6.2 O desenvolvimento do Sistema Penal subterrâneo nazista

Para que possamos entender o processo que levou ao império das atuações de fato na Alemanha, devemos, primeiramente, levar em consideração a situação econômica-social deste país no período compreendido entre o final da Primeira Guerra Mundial até a ascensão do nazismo.

Após o término da Grande Guerra, a Alemanha passava por um período conturbado economicamente, tanto por causa dos danos causados pela própria guerra, bem como pelas fortes imposições feitas pelos Estados vencedores, através do Tratado de Versalhes.

Mesmo com a crescente recuperação da economia alemã na década de 20, a Queda da Bolsa de Nova Iorque, ocorrida em 1929, fez com que houvesse uma catástrofe econômica na Alemanha, fazendo com que todos os esforços feitos, durante os anos que sucederam o confronto bélico, fossem perdidos.

Neste contexto, o índice de criminalidade começou a crescer e a gerar medo na população, a qual, além de estar fragilizada pela crise econômica, sofria com a insegurança.

Aproveitando-se disso, o partido nazista, utilizando-se dos meios de propaganda, começou a se engajar nos discursos de combate à criminalidade e à garantia da lei e da ordem, a fim de que fosse implementada a ideia de que as forças policiais mereciam um aumento do seu poder, de maneira a reprimir, com maior eficácia, as ações criminosas, que assolavam a Alemanha¹⁴³.

Assim, o regime nazista começou a fomentar o pensamento de que seria melhor que as pessoas cedessem os seus direitos civis e jurídicos, a fim de que confiassem à polícia a sua segurança, de modo que a perda da liberdade era vista como algo aceitável, desde que o Estado, através da força policial, conseguisse garantir a segurança da população¹⁴⁴.

¹⁴³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 126.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 126.

É importante frisar que as atuações de fato eram fomentadas por alguns setores da população alemã, tendo em vista que estes, por livre arbítrio, colaboraram com as forças policiais, dentre elas a Gestapo, fazendo com que as ações destas entidades pudessem reprimir as minorias étnicas, políticas e sociais, consideradas inimigas pelo regime nazista¹⁴⁵. Sobre o assunto, expõe Ian Kershaw¹⁴⁶:

“A criação de uma organização repressiva com uma meta ideológica dinâmica estreitamente ligada à missão “carismática” do Führer teve uma importância decisiva para o exercício do poder de Hitler. Iniciamos este capítulo, entretanto, assinalando quão errôneo seria dissociar a repressão do consenso e pressupor uma população subjugada, contra a sua vontade, ao poder e à tirania da Gestapo. Embora, nos estágios finais da guerra, com o consenso já minado, os níveis da escalada da repressão fossem cruciais para impedir um colapso interno, tal como havia acontecido em 1917-18, durante boa parte do Terceiro Reich, não apenas Hitler, pessoalmente, mas também o aparelho policial proporcionava um esteio tão crucial a seu poder, tiveram amplo apoio.

Na verdade, sem esse apoio da população, a capacidade repressora da polícia política, que, em seus estágios iniciais, depois de 1933, estava longe de ter um contingente maciço ou de ser universal em suas possibilidades de vigilância, teria sido imensamente diminuída. Ainda, em 1937, havia apenas 126 oficiais da Gestapo em Düsseldorf, para uma população de cerca de meio milhão de pessoas, 43 em Essen, para uma população de 650.000 habitantes, e 22 em Würzburg para cobrir toda a população da Baixa Francônia - 840.000 pessoas. A maior proporção de casos com que a Gestapo lidou decorreu de denúncias feitas por membros comuns da população.”

Como estas denúncias eram feitas a fim de combater os “inimigos” do Estado, grande parcela da população entendia que a prática era legítima, visto que “muitos alemães não percebiam o terror como uma ameaça pessoal, mas algo que servia aos seus interesses¹⁴⁷”.

Contudo, engana-se quem pensa que as ações de fato ocorriam às claras, logo após a tomada do poder pelo nacional-socialismo. Como visto no capítulo “A Tomada de Poder pelo Regime Nazista e a Derrocada do Estado de Direito na Alemanha”, o regime, logo que entrou no poder, prezava pelas aparências, de maneira que grande parte das suas ações buscavam ter alicerces na normativa vigente, de modo a evitar, inicialmente, conflito com a judicatura. Assim sendo, nos primeiros anos do regime,

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 126.

¹⁴⁶ KERSHAW, Ian. Hitler: Um Perfil do Poder; tradução, Vera Ribeiro - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, p. 88.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 127.

embora houvessem repressões estritamente policiais, os nazistas também utilizavam da máquina judiciária como método de contenção de seus opositores¹⁴⁸.

Ilustrando de maneira mais limpa, existia uma dualidade entre a Justiça e as ações de fato, visto que a primeira reprimia através de sentenças condenatórias e prisões preventivas, e a última atuava com a reclusão de proteção policial e a reclusão preventiva policial, que permitiam a prisão das pessoas consideradas inimigas ou inúteis ao Estado, sem a necessidade de decisão judicial. Sublinha-se que estes tipos de reclusão provieram da Ordenança do Incêndio do *Reichstag*, a qual tinha suspenso, provisoriamente, o direito à liberdade pessoal¹⁴⁹.

O regime nazista expunha à judicatura que estas reclusões tinham caráter meramente provisório, sendo uma medida excepcional de combate às forças da esquerda, de modo que, após, iriam desaparecer¹⁵⁰.

Este tipo de explicação feita pelo regime tinha como intuito o apaziguamento dos juristas que, mesmo demonstrando lealdade ao regime, ainda eram submetidos à dogmática tradicional alemã, ou seja, subordinados ao respeito às normas. Desta maneira, o setor jurídico aceitou as reclusões de proteção e prevenção, pois compreendiam que a dualidade entre reação policial e a judicial, em algum momento, iria ser eliminada, onde a última seria a prevalecente¹⁵¹.

A Administração da Justiça, no regime nazista, era extremamente politizada, de modo que a magistratura, a fim de demonstrar a sua importância, fixava penas extremamente elevadas, utilizando-se, muitas vezes, procedimentos contrários aos princípios penais existentes em um Estado de Direito, restando evidente o caráter arbitral da Justiça¹⁵².

Entretanto, ao passo que arbitrariedade judicial se cimentava em procedimentos normativos, mesmo sendo contra o devido processo, a Polícia, através das atuações de fato, não estava submetida a qualquer tipo de procedimento, de maneira que conseguia ser mais vil e arbitrária do que a judicatura pró nazista¹⁵³.

Apesar dos esforços feitos pelos juristas, a fim de comprovarem a sua importância no regime, após a consolidação dos nazistas no poder, a administração

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 127.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 127.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 128.

¹⁵¹ Ibidem, p. 128.

¹⁵² Ibidem, p. 128.

¹⁵³ Ibidem, p. 128.

da justiça foi perdendo cada vez mais força em detrimento das atuações de fato. Isto se deu, pois era mais vantajoso aos anseios nazistas a utilização do maquinário policial, o qual era irrestrito, do que o acionamento do Judiciário, que, apesar de se demonstrar a favor do regime, ao julgar os casos de maneira parcial, ainda estava minimamente submetido aos ditames normativos.

6.3 A Reclusão de Proteção Policial (*Schutzhaft*) e a Reclusão Preventiva Policial (*Vorbeugungshaft*)

Criada a partir da Ordenança do Incêndio do *Reichstag*, a reclusão policial de proteção pode ser considerada o principal instrumento de repressão utilizado pelo maquinário policial nazista como forma de promover o terror aos setores não desejados pelo regime.

Inicialmente, a *Schutzhaft* foi destinada como forma de combate aos opositores políticos, os quais poderiam ser presos sem que a eles fosse imputada qualquer prática delitativa, de maneira que a prisão dependeria, somente, de um ato de vontade do agente policial¹⁵⁴.

As pessoas presas por este instrumento eram destinadas aos campos de concentração. À época, os nazistas diziam que este tipo de reclusão servia como forma de proteção dos detidos frente à ira das massas, criando, desta forma, a ideia odiosa e deturpada que a polícia política, ao prender esses indivíduos, pretendia defendê-los da cólera do povo¹⁵⁵.

A respeito dos campos de concentração, importante frisar que estes locais eram destinados, primeiramente, aos opositores políticos, sendo que, somente após, a população judia começou a ser enviada para estes lugares.

Estes campos, de início, eram administrados pelas SA e SS, as quais foram encarregadas de criar os primeiros locais de concentração dos presos detidos sob a *Schutzhaft*, sendo que, depois, passaram a ser regidas pela Gestapo¹⁵⁶.

Para que se tenha uma noção da proporção que a reclusão policial de proteção deteve dentro do regime, foi calculado que “desde 1933 até o início da Guerra Mundial em 1939 entre 350.000 e 500.000 pessoas estiveram, seja curto ou longo tempo, em

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 130.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 130.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 130.

reclusão de proteção”. Somente no ano de 1933 (ano em que Hitler passou a deter seus poderes totais como *Führer*) foi estimado que por volta de 100.000 pessoas já estivessem detidas em campos de concentração, dentre as quais mais de 500 já tinham morrido sob este tipo de reclusão¹⁵⁷.

Em 1938, um ano antes do início da guerra, em uma disposição de 25 de janeiro, abriu-se ainda mais a gama de pessoas que poderiam ser presas com base na reclusão de proteção. Antes, este tipo de reclusão era exclusivamente destinado aos opositores políticos, contudo, posteriormente, qualquer pessoa que pusesse em perigo a segurança do povo e do Estado poderia ser presa. Frisa-se que esta disposição, por deter uma interpretação deveras ampla, conferiu aos órgãos de repressão policial um maior grau de arbitrariedade¹⁵⁸.

Este meio de repressão nazista, como já dito, funcionava no âmbito administrativo, de maneira que as pessoas presas por este tipo de prisão dificilmente tinham acesso à justiça penal, a fim de que fossem expostos os maus tratos e as condições degradantes, as quais eram impostas.

Nestes campos, não era permitido que os presos tivessem acesso a advogados, tampouco os reclusos poderiam interpor denúncias ou se comunicar com o meio exterior¹⁵⁹.

Desta maneira, o regime construiu um sistema sólido de repressão, onde a Polícia detinha o poder, quase que total, para poder prender qualquer pessoa que fosse considerada contrária ao regime. Ainda, quando presas, estas pessoas ficavam incapacitadas de expor os horrores cometidos nos campos de concentração, a fim fortalecer, ainda mais, o poder repressivo da reclusão de proteção.

Ao lado da *Schutzhaft*, também foi utilizada a reclusão preventiva policial. Esta, contudo, era voltada a detenção de delinquentes com antecedentes penais, os perigosos à comunidade e os sociais (vagabundos, prostitutas, ciganos, homossexuais, etc)¹⁶⁰.

Este tipo de reclusão, da mesma forma que a reclusão de proteção, proveio da Ordenança do Incêndio do Reichstag. Lembra-se que esta Ordenança foi voltada à prevenção de atos comunistas contra o Estado, todavia, também foi utilizada como

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 130.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 131.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 131.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 132.

forma de justificar a prisão das pessoas enquadradas na catalogação do parágrafo acima¹⁶¹.

No que se refere aos indivíduos considerados associiais, estes poderiam ser presos “sempre que houvessem motivos para suspeitar que tais indivíduos tinham vontade criminal e podiam pôr em perigo a segurança no futuro¹⁶²”. Aqui, pode-se ver uma forte afronta aos ideais de respeito ao princípio da legalidade, haja vista que, sob a ótica deste princípio, somente são passíveis de punição fatos que aconteceram no passado, de modo que esta prevenção futura, buscada pela reclusão de prevenção policial, não pode ser considerada legítima.

A respeito da reclusão de prevenção policial e o seu caráter de prevenção futura, leia-se¹⁶³:

“Tratava-se com a reclusão preventiva policial – assinala – de facilitar a detenção pelo mero caráter de suspeito, sem que se requeira que se baseasse na comissão de um delito, ou na tentativa dele, ou em ser surpreendido com os instrumentos para cometer um delito.”

Sublinha-se que a maior parte dos indivíduos que eram presos por este instrumento eram os ditos associiais, conceito que compreendia as pessoas em estado de mendicância, vagabundos, ciganos ou qualquer indivíduo que se comportasse de forma semelhante a estes¹⁶⁴. O regime, no caso dos associiais, utilizava a reclusão preventiva policial como forma de “purificar” a comunidade do povo, separando os indivíduos que, pelo seu estilo de vida, não se poderiam ser considerados pertencentes à comunidade germânica.

Como já dito anteriormente, a dualidade entre a Justiça e as ações de fato, nos primeiros anos do regime, detinham importância semelhante no aparato repressivo do regime. Entretanto, sob o olhar nazista e com o passar do tempo, as atuações meramente policiais se demonstravam mais eficazes na garantia da ordem, tendo em vista que a via administrativa podia ser moldada à gosto e mais facilmente pela alta cúpula do partido, em contrapartida à via judiciária, a qual demandaria gasto de tempo e recursos, a fim de que fosse feito um direito estritamente nazista.

A administração da justiça, apesar de não ter sido abolida, foi perdendo força gradual com o passar do tempo, de modo que até as decisões proferidas pelo

¹⁶¹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 132.

¹⁶² Ibidem, p. 133.

¹⁶³ Ibidem, p. 134.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 134.

Judiciário, caso não fossem consideradas brandas, sofriam interferência da Polícia. Inclusive, os advogados, na oportunidade dos julgamentos, solicitavam as condenações mais rígidas possíveis, a fim de que os seus representados fossem mandados às prisões estatais e não aos campos¹⁶⁵.

No mesmo sentido, foi disposto que os tribunais deveriam entrar em contato com a polícia secreta, nos casos em que os acusados de crime de traição fossem soltos, a fim de que fosse vista ou não a necessidade de envio destes indivíduos aos campos de concentração¹⁶⁶.

Pelo exposto, resta evidente que o poder judicial gozava de pouco poder e importância no regime, haja vista que as sentenças proferidas pela judicatura, caso não se alinhassem aos ideais do regime, frequentemente eram corrigidas pela via policial, implicando uma quebra da independência judicial.

No que se refere ao dualismo supra referido, segue-se¹⁶⁷:

“O dualismo polícia secreta e tribunais se manteve durante o nacional-socialismo principalmente durante os primeiros anos do regime, no processo de consolidação do mesmo, enquanto lograva o apoio popular necessário.

(...)

Deve-se ter em conta que o regime nacional-socialista não respeitava o princípio da independência judicial, ao que se soma que o procedimento penal cada vez tendeu a acolher caracteres autoritários e à eliminação dos direitos dos imputados, de forma contrária às garantias básicas de um Estado de Direito e do respeito ao devido processo.”

Há de ser dito que a utilização do maquinário policial contraria as ideias propostas pelo Positivismo Jurídico, isto porque o positivismo pregava o respeito às normas jurídicas, como sendo os únicos meios possíveis de coação a fim de regular o comportamento humano, bem como do ente jurídico estatal. Desta maneira, no momento em que o império das normas perde importância no regime, com a criação de instrumentos de reclusão independentes de intervenção judicial e com as frequentes interferências nas decisões proferidas pelo judiciário, vê-se que o Estado passou o limite da legitimidade, ou seja, de ser visto como Estado de Direito, passando a ser considerado um Estado meramente policial.

7 O Direito Penal alemão à época do nazismo

¹⁶⁵ KERSHAW, Ian. Hitler: Um Perfil do Poder; tradução, Vera Ribeiro - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, pp. 83-84.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 135.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 137.

Como já exposto no capítulo acima, o Direito deteve papel pouco importante no regime nazista, muito pelo fato de que as meras atuações de fato já se mostravam suficientes para ensejar os objetivos do partido.

Entretanto, é importante enfatizar as mudanças e as características que o Direito Penal Alemão sofreu, devido às imposições postas pelo nazismo.

Nos primeiros anos do regime, os juristas empenhados à causa nazista criaram um projeto de Código Penal que compactuasse com os ideais nazistas. Todavia, até o final da guerra, este projeto não foi levado à cabo, pois à alta cúpula do partido entendia que um novo Código Penal, de certa forma, colocaria o partido em amarras que dificultariam o cumprimento dos planos pretendidos por Hitler¹⁶⁸.

Ademais, com o início da Segunda Guerra Mundial, a criação do novo Código Penal ficou em segundo plano, haja vista que o partido voltou toda a sua atenção no confronto bélico, sendo que, ao passar do tempo, começou a ser desenvolvido um Direito Penal de Guerra, o qual atingia, de melhor forma, as exigências do regime¹⁶⁹.

O Direito Penal Alemão, ao tempo do nazismo, pode ser considerado como um Direito penal máximo, ou seja, um Direito calcado pela supressão das garantias que são comuns em um Direito Penal aplicado em um Estado de Direito.

Desta maneira, através de reformas processuais, foram feitas mudanças que acarretaram na limitação de princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da lesividade, da culpabilidade e da proporcionalidade, de maneira a ser criado um direito penal do autor, em contraposição ao direito penal do fato¹⁷⁰.

O Direito Penal começou a ser usado como instrumento de repressão, a fim de garantir a eficácia do poder do *Führer*, do partido e da comunidade do povo¹⁷¹.

Em um Estado de Direito, sabe-se que o Direito Penal funciona como um limitador frente ao poder de punir do Estado em face do indivíduo delinquente. Na Alemanha, contudo, o Direito Penal funcionava como ferramenta garantidora do exercício do poder totalitário¹⁷².

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 143.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 143

¹⁷⁰ Ibidem, p. 144.

¹⁷¹ Ibidem, p. 144.

¹⁷² Ibidem, p. 144.

No início do século XX, von Lizst conceituou o Direito Penal como “a Carta Magna do delinquente¹⁷³”, pois nela se encontrava as garantias devidas ao indivíduo que delinuiu, bem como o perímetro normativo a ser seguido pelo Estado, a fim de impor seu poder punitivo. Importante lembrar que este pensamento, em muito, compactua com o positivismo jurídico, pois prega o respeito ao princípio da legalidade, haja vista que o Estado, por estar vinculado à ordem jurídica, deve respeitar os direitos garantidos ao delinquente, bem como empregar a persecução criminal dentro dos parâmetros impostos em lei.

Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, juristas estritamente ligados ao nazismo e pertencentes à Escola de Kiel, combateram fortemente a fórmula de von Lizst, ao afirmarem que “o Código Penal é hoje ‘a carta magna do delinquente’, mas deixou de ser a carta magna dos interesses estatais¹⁷⁴”. Nesta breve citação, resta claro que o pensamento destes juristas se alinhava à ideia de um Direito autoritário, onde as garantias fundamentais deveriam ceder espaço às ambições do Estado.

7.1 A Comunidade do Povo como peça fundamental do Direito Penal Nazista

O Direito, como já visto, era utilizado como meio de repressão do regime, que o utilizava como instrumento político, a fim de legitimar seus atos maléficos, bem como impor sua ideologia.

A propaganda nazista foi eficaz em criar uma ideia nacional de coletividade, a qual era restrita aos indivíduos pertencentes à raça ariana, fomentando, desta maneira, um conceito de comunidade baseada na pureza racial (*Volksgemeinschaft*).

Os juristas penalistas aproveitaram esta ideia e passaram a referir que o Direito Penal tinha como objetivo a proteção da comunidade do povo.

O conceito de comunidade do povo detinha um caráter puramente racial, tendo em vista, como já visto, que somente os membros da raça ariana eram pertencentes a esta comunidade.

Este conceito foi fundamental para implantar uma ideia de combate àqueles que não eram pertencentes à comunidade (judeus, ciganos e etc), de maneira a

¹⁷³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 144.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 145.

fomentar e a desenvolver o exercício do poder punitivo aos estranhos à comunidade, tendo em vista que estes eram tratados como fonte de perigo, pois inimigos¹⁷⁵.

O indivíduo não era mais visto como um ser particular dotado de direitos, mas sim uma fração pertencente ao todo, devendo, assim, prestar obediência para com a sociedade, de maneira que eventual quebra de confiança era passível de sanção.

O crime, para o Direito Penal Nazista, era conceituado como a quebra de fidelidade entre o indivíduo e a comunidade do povo, de modo que, pelo delito, o agente (parte) era excluído do todo (comunidade)¹⁷⁶.

Sublinha-se que a legislação penal, utilizando-se do conceito de comunidade do povo, voltou-se tão somente à população germânica, visto que somente estes tinham o dever de lealdade, pois pertencentes à comunidade.

Constata-se, cristalinamente, que a normativa penal, utilizando-se deste conceito, voltou-se contra os grupos que presumidamente já eram perigosos, pois não pertencentes à raça ariana (exemplo dos judeus), bem como contra todos aqueles que, embora alemães, cometiam atos incondizentes com a ideologia nazista¹⁷⁷.

O são sentimento do povo constituiu a mais importante fonte do Direito Nazista, visto que ela detinha tanto funções normativas quanto interpretativas, definindo, assim, o conteúdo e a aplicação da lei. O legislador somente detinha a tarefa de publicar a lei, haja vista que somente o povo tinha o condão de “criá-las¹⁷⁸”.

A interpretação jurídica começou a se embasar de acordo com o sentimento da comunidade, de modo que as decisões jurídicas, nos casos em que a lei não supria as exigências do regime, passou a fundar-se apenas no “não sentimento do povo”.

7.2 A inobservância ao Princípio da Legalidade

O Direito Penal substantivo foi amplamente modificado durante o nacional-socialismo. Dentre as diversas mudanças ocorridas, resta mister se atentar na eliminação do princípio da legalidade.

Como já visto no estudo da Teoria do Direito Nazista, o são sentimento do povo configurava como uma das principais fontes do Direito. Nesta senda, quando a normativa vigente não se alinhava ao dito são sentimento do povo, os juízes poderiam

¹⁷⁵ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*, 2011. 373f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 177.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 177/178.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 178.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 181.

julgar os casos arbitrariamente, fora dos ditames previstos em lei. Importante lembrar que estas decisões, apesar de arbitrárias, deveriam estar estreitamente vinculadas às convicções do partido.

Esta desvinculação entre as decisões e a ordem normativa permitiu o uso da analogia¹⁷⁹, de modo que a segurança jurídica foi totalmente suprimida, pois se tornou praticamente impossível prever o resultado das sentenças.

Sabe-se que o princípio da legalidade penal é basilar em um Estado de Direito, sendo, também, um dos princípios fundamentais de um Direito Penal garantista¹⁸⁰.

Nesta senda, somente pode ser considerado crime o fato que se enquadre no núcleo verbal previsto no tipo. Da mesma forma, só haverá pena, quando for estipulada uma sanção prévia ao fato considerado criminoso.

Pode-se dizer, desta forma, que o Direito Penal, o qual respeita o princípio da legalidade, resta estritamente ligado à dogmática juspositivista, haja vista que o raciocínio aplicado é de mera subsunção, pois se o fato corresponde à hipótese descrita em lei, há crime a ser sancionado. Utilizando a ótica inversa, caso o ato não se enquadre em nenhum tipo penal, não há que se falar em crime¹⁸¹.

Javiel Llobet explica, com maestria, a importância do princípio da legalidade no Direito Penal¹⁸²:

“Deve-se destacar a importância que tem o princípio de legalidade como garantia fundamental de um Estado de Direito, sendo um dos princípios base de um Direito Penal garantista. Tal princípio é expresso “*nulla poena sine lege scripta*” (reserva de lei), que estabelece como fonte do Direito Penal a lei formal, eliminando os princípios do direito, os costumes e a jurisprudência como fontes para a criação de delitos e penas, assim como os regulamentos do Poder Executivo, sendo por isso problemáticas as leis penais em branco; “*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*” (exigência de taxatividade e certeza)”, que reclama a clareza do texto da lei e proíbe a analogia, sendo problemática desde esta perspectiva a utilização de tipos abertos e de elementos normativos do tipo; e “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”, conforme o qual a lei vige para o futuro, não compreendendo os fatos perpetrados com anterioridade à sua entrada em vigor, isso salvo que a nova lei seja mais benéfica (exigência da irretroatividade).”

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 146.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 146.

¹⁸¹ CORRÊA, Daniel Marinho. O Princípio da Legalidade no Direito Penal Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal/>. Acesso em: 29/10/2020.

¹⁸² RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 146.

Contudo, o princípio da legalidade penal era visto com maus olhos pelo nacional-socialismo, pois era frequentemente relacionado aos regimes liberais, os quais eram rejeitados pelo regime¹⁸³.

Deste modo, o regime optou por desenvolver um Direito Penal unicamente alemão, o qual seria caracterizado pela vagueza dos tipos penais e pela retroatividade da lei penal. Ademais, foi implementada a autorização da analogia, de maneira que os atos, até então não tipificados como crime, poderiam ser considerados como tal. A fim de exemplificar o exposto, na Alemanha a subtração de energia elétrica não era tipificada como furto, todavia, após a reforma, que possibilitou o uso da analogia, os magistrados poderiam tipificar tal ato como se furto fosse¹⁸⁴.

A possibilidade de utilização da analogia, como forma de estender a gama de atos a serem puníveis, foi dada através da modificação do parágrafo 2º da lei de 28 de junho de 1935, como se transcreve¹⁸⁵:

“Será castigado, quem cometa um fato que a lei declare punível ou que, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento popular merece castigo. Se nenhuma lei penal determinada resulta aplicável diretamente ao fato, este será castigado segundo a lei cujo conceito fundamental corresponde a ele.”

No mesmo sentido, posicionou-se o Ministro da Justiça Gurtner¹⁸⁶:

“O que é justo se pode aprender não só da lei, mas também do conceito de justiça que se encontra por trás da lei e pode não ter encontrado expressão perfeita na lei. Esta última continua sendo, sem dúvida, o instrumento mais importante para determinar o justo e o injusto, porque os dirigentes da nação expressam sua vontade na lei. Mas o legislador sabe que não pode proporcionar normas exaustivas que cubram todas as situações que possam dar vida; confia, portanto, em que o juiz saiba preencher os buracos.”

Este excerto é capaz de simplificar a forma como era entendido o Direito pelo nacional-socialismo. Como visto, o Direito era caracterizado por um alto grau de eticidade, de maneira que as normas jurídicas foram impregnadas por conceitos morais e juízos de valor, os quais, segundo o positivismo jurídico, não podem ser vistos como objetos da ciência do Direito. Ademais, conforme o final da citação, os magistrados poderiam usurpar o poder legislativo, nos casos em que a lei restasse

¹⁸³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 147.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 147.

¹⁸⁵ FINZI, Marcelo; NÚÑEZ, Ricardo. El Código Penal Alemán, 1940, p. 228; *apud* RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 147.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 147.

omissa em relação a algum fato relevante aos olhos do partido, destruindo, dessa maneira, qualquer segurança e previsão jurídica, pois um mesmo fato poderia ser considerado crime ou não, desde que satisfeitas as exigências requeridas pelo partido.

Sob o olhar do nazismo, o princípio da legalidade era uma ferramenta defensiva do delinquente e não da sociedade, frente às más ações cometidas por estes indivíduos para comunidade do povo¹⁸⁷.

Desta maneira, o Direito Penal foi reformulado, a fim de que funcionasse como instrumento de defesa da sociedade ante os atos cometidos pelos delinquentes.

O Direito Penal, então, passou a ser alicerçado nos pensamentos de justiça material, deixando de lado o formalismo previamente existente, de modo a buscar uma maior efetividade de repressão ante os atos contrários ao regime, desamarrando-se, desta forma, das exigências dogmáticas do formalismo, as quais engessavam a atuação repressiva estatal em prol dos delinquentes¹⁸⁸.

Em um Estado de Direito, cujo Direito Penal preze pelo princípio da legalidade, impera-se a máxima “*nullum crimen sine lege praevia*”, ou seja, não haverá crime sem lei previamente existente. Esta máxima se refere ao princípio penal da reserva de lei, a qual estabelece que a fonte do Direito Penal é tão somente a lei formal, de modo que os costumes, a jurisprudência, os princípios e os regulamentos editados pelo Executivo não possuem o condão de criar delitos ou penas¹⁸⁹.

No período nazista, caracterizado por um Direito Penal máximo, a segurança jurídica, trazida pela legalidade, cedeu espaço à insegurança jurídica, advinda da permissão da analogia.

Dito isso, o princípio “*nullum crimen sine lege*” foi substituído pelo princípio “não há crime sem pena”, a qual permitia o sancionamento e penalização de qualquer ato que fosse considerado subversivo à comunidade do povo, sem a necessidade de tipificação prévia, como leciona Llobet Rodriguez¹⁹⁰:

“O princípio material do delito era utilizado como justificação para não estar limitado pelo princípio de legalidade e permitir a analogia, isso quando era exigido pela violação da realidade das relações concretas da vida em comunidade. Isto implicava que se deixasse sem efeito o princípio “*nullum crimen sine lege praevia*”, substituindo-o pelo princípio “nenhum delito sem

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 149.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 149.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 146.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 151.

pena”, ou seja, não deveria ficar impune nenhum comportamento que fosse daninho para a comunidade do povo.”

O liberalismo e o Iluminismo, como já visto, eram abominados pelo regime nazista, pelo fato de que pregavam um Direito considerado individualista, em contraposição aos postulados nacional-socialista que almejava um Direito comunitário, no qual o individual era desvalorizado em favor do organismo social (a comunidade).

O que se sustenta no parágrafo acima se faz importante, pelo fato de que os juristas adeptos ao regime postulavam a criação de um Direito estritamente alemão, sem qualquer interferência externa, de modo que o conceito de comunidade do povo, como fonte criadora do Direito, dotou-se de grande importância na criação deste novo sistema penal.

Nesta senda, no que se refere ao Direito Penal, o conceito de *são sentimento do povo*, frequentemente, era usado para indicar se um ato era delitivo ou não. Assim exposto, se o fato fosse de acordo com o *são sentimento do povo*, ele, conseqüentemente, não era delito.

Toda esta ideia foi criada para eximir de culpa os atos atrozés, cometidos pelos correligionários do partido nazista, pois se tal ato fosse de acordo com o referido conceito, ele não poderia ser passível de punição, em virtude de não ser crime.

Como se pode ver, o Direito Penal foi sendo transformado, a fim de conseguir suprir as exigências do partido. A possibilidade do uso da analogia, em matéria penal, e a fuga às cláusulas gerais de caráter arbitrário e ideológico, tinham como fim a supressão da normativa vigente, quando convinha, a possibilidade de interpretação do Direito conforme os interesses sórdidos do regime¹⁹¹.

O princípio da irretroatividade da lei penal, da mesma forma, não era respeitado, à época do nacional-socialismo.

A exemplo disso, faz-se referência ao fato conhecido como “Incêndio do *Reichstag*” (27/02/1933). Após o incêndio, o presidente Hindenburg editou a Ordenança do Incêndio do *Reichstag* (28/02/1933), na qual, dentre outras coisas, impôs que o crime de incêndio era passível de pena de morte¹⁹².

Entretanto, o regime de Hitler, requereu que a pena fosse aplicada retroativamente aos acusados. Assim dito, a fim de que seu pedido fosse legitimado,

¹⁹¹ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. *Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945)*; tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 151.

¹⁹² *Ibidem*, p. 151.

requisitaram um parecer dos juristas Johannes Nagler, Friedrich August Oetke e Hellmuth von Weber. os quais disseram que, diferentemente do Código Penal, a Constituição de Weimar somente proibia a retroatividade da lei penal quanto à conduta, não havendo qualquer impedimento quanto a aplicação retroativa da pena, de maneira que uma simples modificação da legislação penal, já permitiria a aplicação da irretroatividade de pena¹⁹³.

Apesar do parecer exarado a favor da aplicação retroativa da pena, esta interpretação foi muito criticada, pois não condizente com o disposto no artigo 118 da Constituição de Weimar, a qual referia que “uma ação só é punível, quando sua punibilidade estava prevista legalmente antes de que a ação fosse cometida¹⁹⁴”.

Hitler, após a aprovação da Lei de Plenos Poderes, a qual permitia, dentre outros aspectos, que o Poder Executivo podia aprovar leis sem a necessidade da assinatura do Presidente, criou a lei de 29 de março de 1933, que determinou a retroatividade das penas aos fatos compreendidos entre 31 de janeiro de 1933 e 28 de fevereiro de 1933¹⁹⁵, de modo que os acusados do incêndio do parlamento poderiam ser condenados à morte “legitimamente”.

Esta lei tinha como objetivo a aplicação retroativa da pena, no que se refere ao caso do incêndio, de modo que ela foi destinada somente a este caso concreto, ou seja, não sendo pensada como lei a ser aplicada de maneira geral¹⁹⁶.

Frisa-se que esta medida foi amplamente utilizada pelo regime, a fim de garantir a ordem e a segurança da comunidade do povo, tendo em vista que as leis, que previam a retroatividade da lei penal, eram editadas como instrumento de reação a fatos concretos, que porventura tivessem alguma repercussão, de modo a acalmar o público, caracterizando, de certa forma, um populismo punitivo¹⁹⁷.

Desta forma, resta evidente que a aplicação da retroatividade penal representou um grande desprezo pela segurança jurídica, haja vista que, para o regime, a legislação deveria ser um instrumento de proteção da comunidade do povo e não dos delinquentes. Assim, as mudanças legislativas, que permitiam a retroatividade, serviram para transformar o marco de vigência das leis, de maneira

¹⁹³ RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antigarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 152.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 152.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 153.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 153.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 154.

que as leis passaram a vigorar respeitando a justiça material¹⁹⁸, desrespeitando a dogmática penal de que as leis só passam a vigor a partir de sua formalização.

Há de ser dito que o Direito Penal, à época, foi caracterizado pela vagueza e imprecisão na descrição das condutas típicas. A implementação de tipos penais vagos foi almejada pelo regime, tendo em vista que, desta forma, permitia que praticamente qualquer fato podia ser considerado crime, desde que em desacordo com ideário nazista.

A lei de fraude de automóveis, de 22 de junho de 1938, pode ser empregada como exemplo dessa vagueza, como expõe Llobet Rodriguez¹⁹⁹:

“Uma lei que é considerada como expressão típica da técnica legislativa nacional-socialista é a lei de roubo nas ruas por meio de fraude de automóveis de 22 de junho de 1938. O tipo penal com um grau total de indeterminação simplesmente indicava que “Quem com intenção de roubar arma uma fraude de automóveis, será apenado com a morte”. Não havia nenhuma clareza sobre o que se entendia por fraude de automóveis, o que facilitou que se chegasse a considerar como contemplada na lei desde a utilização de obstáculos mecânicos no sentido físico, até o pedido de carona, o que implicava um adiantamento da punibilidade, própria do Direito Penal da vontade.”

Esta lei, da mesma forma que a lei que autorizou a pena de morte aos acusados do incêndio do *Reichstag*, foi sancionada, a fim de punir uma fato específico, tal qual os roubos em série cometidos pelos irmãos Götze, entre 1934 e 1938, de modo que foi permitida, também, a retroatividade da lei penal, permitindo que os irmãos fossem sentenciados à morte.

Sublinha-se que, da mesma forma que eram editadas leis para garantir a punição retroativa daqueles indesejáveis ao regime, também eram sancionadas leis, a fim de garantir a impunidade dos atos cometidos pelos membros do partido, anistiando-as. A fim de exemplificar o acima referido, pode-se trazer à tona a lei de 3 de julho de 1934, a qual legitimou os assassinatos ordenados dos indivíduos relacionados ao “Assunto Röhm, sem julgamento prévio²⁰⁰. Para isso, foi referido que o regime cometeu as mortes como forma de legítima defesa estatal, de maneira que as pessoas que cometeram os assassinatos não poderiam ser julgadas, já que os seus atos foram alicerçados em uma excludente de antijuridicidade.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ, Javiel Llobet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019. p. 155.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 156.

²⁰⁰ Ibidem, p. 159.

Pelos fatos e argumentos acima expostos, verifica-se que o Direito Penal nazista se tornou inteiramente contrário aos postulados racionalistas do positivismo jurídico, haja vista que a legislação passou a ser regida por ideais meramente éticos, utilizando-se de conceitos vagos, a fim de expandir o âmbito da criminalização, deturpando o caráter formalístico da lei penal, ao implantar um conceito de justiça material, onde nenhum fato contrário ao regime restaria impune, mesmo sem disposição penal prévia (retroatividade penal).

8 CONCLUSÃO

Pelos argumentos e fatos expostos, durante o trabalho, não se pode afirmar que o positivismo jurídico ensejou as arbitrariedades feitas pelo Direito Nazista, como será analisado.

O regime nacional-socialista, apesar de sua autocracia, foi posto no poder através de amplo amparo e apoio social. Esta base se deveu, em muito, pela situação precária da Alemanha, a qual estava passando por sérias dificuldades financeiras e sociais, em decorrência das imposições impostas pelo Tratado de Versalhes e, após, pela Quebra da Bolsa de 1929.

Este enfraquecimento da República de Weimar, caracterizada pela alta inflação e aumento da criminalidade, ensejou uma corrida pelo poder de diversos setores políticos, oportunidade em que o movimento nazista começou a se fortalecer, ao bombardear a população com discursos nacionalistas, prometendo a reestruturação do Estado Alemão.

Embora, com amplo apoio popular, Hitler não conseguiu se eleger presidente, perdendo as eleições para Hindenburg, em 1932.

Devido à forte crise econômica que assolava a Alemanha no ano de 1933, Hindenburg, com o apoio da direita alemã, nomeou Hitler ao cargo de chanceler. Esta nomeação fez parte de um plano da direita, que almejava utilizar a figura de Hitler, detentora de forte apelo popular, a fim de instaurar um regime autoritário. Entretanto, como já é cediço, a direita não conseguiu controlar as investidas e a grande influência que Hitler detinha, de maneira que este se aproveitou do cargo, para pôr início a sua tomada do poder.

Após o fato conhecido como “Incêndio do Reichstag”, Hitler convenceu o presidente a emitir o “Decreto do Incêndio”, a qual restringiu as liberdades civis e consolidou o poder na figura do Governo Central. Este decreto foi o ponto inicial de repressão aos opositores políticos, de maneira que foi a primeira legislação que ensejou a implementação das políticas totalitárias do regime.

Em março de 1933, Hitler, ao cercar o parlamento com as tropas paramilitares nazistas, fez com que o Parlamento aprovasse a Lei de Plenos Poderes, a qual conferiu a ele a possibilidade de editar leis sem a aprovação prévia do Parlamento.

Em 2 de agosto de 1934, após a morte de Hindenburg, Hitler fundiu as funções de presidente e chanceler, passando a se autodenominar o *Führer*, após deliberação do Parlamento.

No que se refere à tomada de poder pelo regime nazista, se formos olhar de acordo com a ótica positivista, resta indubitável afirmar que Hitler subiu ao poder pelas vias legais. Embora alguns fatos possam ser vistos como moralmente reprováveis, como o caso da Lei de Plenos Poderes, votada sob a supervisão da força paramilitar nazista, o positivismo trabalha somente com estudo estritamente jurídico, ou seja, em relação às normas jurídicas, de maneira que juízos de valor e valores morais não podem ser considerados. Assim, conclui-se que para o juspositivismo, a tomada de poder pelo regime nacional-socialista foi legítima, pois conforme as formalidades constitucionais da República de Weimar. Sob um viés moral, pode-se considerar que a tomada de poder por Hitler foi ilegítima, tendo em vista que este se utilizou de forças de coerção para conseguir o que almejava, entretanto, como visto, a moral não é objeto de estudo do juspositivismo, de maneira que, ao considerar o regime ilegítimo, por esta ótica, estaríamos fazendo um juízo de valor, o qual é estranho à ciência positiva do Direito.

Desta maneira, pode-se afirmar que o regime nazista foi considerado legítimo pelo juspositivismo, todavia, não se pode dizer que os atos atroz cometidos pelo regime se valeram da teoria ou da dogmática positivista, como forma de legitimação.

O Direito Nazista, como restou exposto, foi caracterizado pelo desrespeito ao formalismo jurídico, tendo em vista que, à época, o regime estabeleceu que o Direito deveria estar em conformidade com o são sentimento do povo, de modo que a judicatura poderia julgar os casos de maneira arbitrária, quando a lei não conseguisse suprir com as exigências nazistas.

No mesmo sentido, quando se faz menção ao Direito Penal, diversos princípios penais, provenientes do positivismo, foram suprimidos, como foi o exemplo dos princípios da reserva de lei penal, da taxatividade e da irretroatividade penal. Como descrito durante o trabalho, por diversas vezes, o regime condenou indivíduos por atos não previstos previamente em lei, aplicando a lei penal de maneira retroativa; ademais a legislação penal se baseou em elementos vagos (cláusulas gerais), os quais tinham como objetivo aumentar a gama de atos a serem potencialmente punidos, ferindo claramente o princípio da taxatividade, a qual exige que a norma

incriminadora deve ser clara, compreensível, permitindo ao cidadão a real consciência acerca da conduta punível do Estado.

É importante frisar que a legislação penal não foi a principal culpada pelos atos cometidos pelo regime nazista, mesmo que, inequivocamente, tenha exercido parcela neste mal.

As maiores barbáries cometidas por Hitler e seus subordinados estão representadas no exercício do “sistema penal subterrâneo”, ou seja, em atos que não estavam submetidos à jurisdição.

Diversos juristas de renome, como Radbruch, apontaram o positivismo jurídico como a mazela justificadora do nazismo, tendo em vista que, segundo sua visão, os juristas restaram atados às formalidades impostas pela legislação nazista.

Contudo, o Holocausto, o extermínio de ciganos, inimigos políticos, pessoas com doenças terminais e demais outros grupos cujas vidas eram consideradas sem valor para o regime, não foram previstos em lei, mas sim em “ordens secretas” advindas diretamente de Hitler ou de seus subordinados diretos, de maneira que o pensamento de que as atrocidades cometidas foram amparadas pela aplicação formal do Direito resta errônea.

Finalizando, o Direito Nazista, bem como a ascensão do regime, segundo a ótica positivista de Kelsen, foram válidos, pois amparados no ordenamento jurídico vigente, todavia, o Direito Nazista, embora válido sob este viés metodológico e ideológico, não utilizou-se desta doutrina, como forma de legitimar-se, mas sim em conceitos puramente morais, raciais e políticos, não atinentes ao ramo do saber científico, que se detém puramente na compreensão da validade jurídico normativa.

REFERÊNCIAS

ASHTON, Peter Walter. A HISTÓRIA DA ELABORAÇÃO DO BGB ALEMÃO. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 31, 2013

BEZERRA, Juliana. Positivismo. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/positivismo/#:~:text=O%20Positivismo%20%C3%A9%20uma%20corrente,rela%C3%A7%C3%B5es%20sociais%20e%20da%20%C3%A9tica>. Acesso: em 11/11/2020.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito; tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

CORRÊA, Daniel Marinho. O Princípio da Legalidade no Direito Penal Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal/>. Acesso em: 29/10/2020.

Decreto de Criação da Gestapo. Disponível em: <http://pt.worldwar-two.net/eventos/decreto-da-criacao-da-gestapo-assinado-por-hitler-e-so-depois-por-goering/>. Acesso em 02/10/2020.

FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e Sistema Penal, 2011. 373f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

GERICKE, Gerda. 1920: Nazistas criam a precursora da SA. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/1920-nazistas-criam-precursora-da-sa/a-324994>. Acesso em: 02/10/2020.

GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Alemanha Nazista 1939-1941. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutnazi.htm>. Acesso em 09/06/2020.

JUNIOR, Antonio Gasparotto. Aktion T4. Disponível em: [“https://www.infoescola.com/segunda-guerra/aktion-t4/”](https://www.infoescola.com/segunda-guerra/aktion-t4/). Acesso em 09/06/2020.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERSHAW, Ian. Hitler: Um Perfil do Poder; tradução, Vera Ribeiro - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

KERSHAW, Ian. Hitler; tradução, Pedro Maia Soares - São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LINDER, Douglas O. Law's Heroes: Dr. Lothar Kreyssig. Disponível em <https://famous-trials.com/nuremberg/1892-lawsheroes>. Acesso em 09/06/2020.

MELLO, S. L. República de Weimar. HISTÓRIA & ENSINO. Londrina, 02: 107-108, 1996.

MICHAEL, Marek. 1933: Aprovação da Lei Plenipotenciária Disponível em online em: dw.com/pt-br/1933-aprovação-da-lei-plenipotenciária/a-480521. Acesso em 31 de março de 2020.

RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito; tradução Rogério Braga. Disponível em: <https://www.queroserfilosofo.com.br/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito-por-gustav-radbruch/>. Acesso em 08/09/2020.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Filosofia do Direito. Tradução Jacy de Souza Mendonça. Disponível em <http://valorjustica.com.br/introducao.pdf>. Acesso em 09/09/2020.

RODRÍGUEZ, Javiel Lloblet. Nacional-Socialismo e Antiguarantismo Penal (1933-1945); tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo: Tirant LoBlanch Teoria, 2019.

SERRANO, Ana Rubio. Os Nazis e o Mal. A destruição do Ser Humano; tradução, João Romão. Babel Inc. 2017.

SILVA, Daniel Neves. Holocausto. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/holocausto.htm>. Acesso em 26/09/2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 29ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945; tradução Rodrigo Murad do Prado - 1ª ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch Teoria, 2019.