

SOBRE A SUPOSTA LIGAÇÃO ENTRE A TEORIA PENAL DE HANS WELZEL E O NACIONAL-SOCIALISMO: DESFAZENDO EQUÍVOCOS E RETOMANDO O VALOR DA DOGMÁTICA FINALISTA

ON THE ALLEGED CONNECTION BETWEEN HANS WELZEL'S PENAL THEORY AND THE NATIONAL SOCIALISM: UNDOING MISTAKES AND RESUMING THE VALUE OF FINALIST DOGMATICS

WAGNER MARTELETO FILHO

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Lattes: [lattes.cnpq.br/9307931102468661].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-3905-5925].

wmarteleto@gmail.com

EDUARDO VIANA

Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com estâncias doutorais na *Universitat Pompeu et Fabra* (2013) e *Universität Augsburg* (2014-2014). Realizou estudos de pós-doutoramento na *Humboldt-Universität zu Berlin*. Professor adjunto de direito penal da graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

Lattes: [lattes.cnpq.br/8558180042048005].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-2503-9318].

eduardo.viana@ufba.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.457].

Recebido em: 19.03.2023

Aprovado em: 03.05.2023

Última versão do autor: 17.05.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia; Fundamentos do direito

RESUMO: O artigo analisa a afirmação conforme a qual há uma conexão entre o pensamento Hans Welzel e o nacional-socialismo. Para isso,

ABSTRACT: The paper analyzes the claim that there is a connection between Hans Welzel's thought and National Socialism. For this purpose, it

submete à crítica científica os principais argumentos favoráveis e contra essa conexão. Após essa inspeção científica, chega-se à conclusão de que não é possível afirmar, para além da dúvida razoável e com responsabilidade científica, que existem vínculos entre o edifício teórico de Welzel e a ascensão do nacional-socialismo.

PALAVRAS-CHAVE: Finalismo – Hans Welzel – Nacional-socialismo – Adequação social – Bem jurídico – Analogia – Teorias do erro.

submits the main arguments for and against this connection to scientific criticism. After this scientific inspection, it is concluded that it is not possible to assert, beyond reasonable doubt and with scientific responsibility, that there are links between Welzel's theoretical edifice and the rise of National Socialism.

KEYWORDS: Finalism – Hans Welzel – National socialism – Social adequacy – Legal good – Analogy – Theories of error.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Argumentos "contra" e "a favor" da relação entre Welzel e o nacional-socialismo. 3. A teoria da ação final: ontologismo neutro?. 4. Sobre as críticas à teoria do bem jurídico e sobre a missão do Direito Penal. 5. Teoria da adequação social. 6. Teoria do erro: o embate entre as "teorias do dolo e da culpabilidade" e suas consequências em julgamentos de acusados nazistas. 7. Das críticas de Welzel ao positivismo e à filosofia dos valores/neokantismo. 8. A analogia e o nacional-socialismo. 9. Considerações finais. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na literatura recente, em especial quando analisamos a produção internacional, reascendeu a discussão sobre a possível vinculação entre a concepção finalista de Welzel e o regime nacional-socialista. Há, por um lado, autores que assinalam a completa irrelevância da teoria penal de Welzel para o regime nacional-socialista¹; em sentido oposto, há aqueles que indicam uma vinculação direta e, até mesmo, um compromisso político-ideológico de Welzel com o regime nazista².

A existência dessas duas perspectivas, assumidas por juristas cientificamente comprometidos, já serviria para colocar em xeque a razão deste artigo: para que discutir um tema sobre o qual há suficiente produção científica? A razão, pensamos, é que, pela primeira vez, ao menos até onde tomamos conhecimento, esse debate – aparentemente irrelevante para a nossa discussão científica – replicou em território nacional. E esse reflexo foi justamente

1. Por exemplo, v. HIRSCH, 2004, p. 3, como um dos discípulos de Welzel.

2. Por exemplo: MATUS ACUÑA, 2014, p. 627, a indicar, expressamente, a "aprovação pessoal de Welzel ao projeto penal nacional-socialista". E, anteriormente, POLITOFF, 1989, p. 318, afirmou que Welzel prestou, antes e depois de 1945, uma importante contribuição ao autoritarismo. Na própria Alemanha, além daqueles citados no decorrer do texto, STICHT, 2000, p. 122 e ss., sustenta que várias manifestações de Welzel não deixam dúvidas de que ele se adequou à tendência de moralização do direito no nacional-socialismo.

no sentido de estreita vinculação da postura teórica de *Welzel* com o nacional-socialismo³. Cabe-nos, portanto, situar o leitor brasileiro nessa discussão.

Como a ciência é feita com argumentos e contra-argumentos, a nossa primeira tarefa será fornecer ao leitor um panorama da teoria finalista com o objetivo de exercer o controle científico das opiniões recentemente publicadas. Em um segundo passo, realizaremos uma análise, ainda que breve, senão das principais publicações, ao menos das temáticas fundamentais desenvolvidas por *Welzel* entre 1930 e 1945, sem prejuízo de referências a textos mais recentes, na medida do necessário. Feito isso, e também de modo simultâneo, tomaremos uma posição valorativa, que será no sentido, diga-se desde logo, de afastar a conclusão peremptória de vínculo efetivo entre o finalismo e o nacional-socialismo.

Fique claro: não nos interessa realizar um juízo moral póstumo de *Welzel*⁴, o que seria uma atitude, senão inconsequente⁵, ao menos cientificamente irresponsável neste pequeno espaço. Nossa proposta – mais modesta – é realizar uma análise crítica dos contributos da teoria penal de *Welzel* para a dogmática como um todo, inclusive no sentido de indicar tudo aquilo que ainda reflete o “estado da arte” e se mantém “vivo”, quando menos para a doutrina dominante.

Desenvolveremos os nossos objetivos da seguinte maneira: primeiro, por honestidade intelectual, é imprescindível não sonegar ao leitor alguns dos argumentos levantados “contra” e “a favor” da vinculação entre o regime nacional-socialista e *Welzel* (a seguir 2); depois, apresentaremos um panorama da teoria final (a seguir 3); esse breve panorama permitirá fornecer ao leitor os elementos conceituais básicos para que possamos, nas seções seguintes, verticalizar a discussão em torno dos pontos mais polêmicos, isto é, as críticas à teoria do bem jurídico e sobre a missão do direito penal (a seguir 4); as críticas de *Welzel* ao positivismo e à filosofia dos valores (a seguir 5); os problemas da teoria da adequação social (a seguir 6); a teoria do erro (a seguir 7) e, finalmente, a analogia *in malam partem* e a legalidade estrita (a seguir 8).

3. Para ficar com um exemplo, BUSATO, 2021, v. 1, p. 409-439.

4. Acerca da filiação formal de *Welzel* ao Partido Nacional Socialista, em 1937, e de seu vínculo aos docentes do nacional socialismo, veja-se a análise biográfica de STOPP, 2018, p. 10 e ss.

5. Exatamente essa perspectiva se pode extrair do texto de MATUS ACUÑA, 2014, ao ingressar na análise do “comportamento político” de *Welzel*, o que caberia quiçá a uma biografia, não a um texto dogmático. Esse é erro metodológico tão primário que dispensa maiores objeções: selecionam-se aspectos do mundo factual para a “comprovação” de algo que já se supõe. Trata-se, é preciso frisar, de uma construção nada rigorosa, na medida em que se vale de argumentos de índole pessoal para tentar corroborar uma ideia de partida, qual seja: o sistema welzeliano foi em parte construído para respaldar o regime nazi.

2. ARGUMENTOS "CONTRA" E "A FAVOR" DA RELAÇÃO ENTRE WELZEL E O NACIONAL-SOCIALISMO

Como já assinalamos, há duas perspectivas antagônicas: de um lado, uma que estabelece a clara conexão entre a teoria penal de *Welzel* e o regime nazista; do outro lado, uma perspectiva que aponta para a absoluta desconexão entre o pensamento⁶ de *Welzel* e o nacional-socialismo. Faremos, aqui, uma breve contraposição, apenas no sentido de demarcar o debate.

A manualística penal não apenas é silente quanto à possível ligação de *Welzel* com o nacional-socialismo, senão que também apresenta alguns dados que sequer permitem cogitar tal conexão. E isso porque os autores consideram que o protagonismo teórico de *Welzel* somente se manifesta após a Segunda Grande Guerra. *Figueiredo Dias*, por exemplo, inicia a sua análise do finalismo com a seguinte afirmação “Após a tragédia da II Grande Guerra [...]”, arrematando: “*Welzel* determinou os caminhos de toda a dogmática penal durante as décadas que se seguiram ao fim da II Grande Guerra”⁷. Esse hiato temporal, *per se*, ensejaria dúvidas sobre a mencionada simpatia⁸ de *Welzel* com o nacional-socialismo. Mas não é somente isso.

Ainda nesse sentido, isto é, de que a influência de *Welzel* na dogmática se estabeleceu, notadamente, no pós-guerra⁹, um dos pontos de inflexão, em 1952, foi o julgamento do BGH (*Bundesgerichtshof*) em que se reconheceu a “teoria da culpabilidade” (*Schuldtheorie*), em oposição à teoria do dolo (*Vorsatztheorie*), separando-se, estritamente, o dolo do conhecimento da ilicitude, na forma como propugnava a teoria finalista¹⁰. Mas é fato que grande parte dos pilares do sistema welzeliano, como o conceito de ação final e a teoria da

6. Por “pensamento” nos referimos à posição mais abrangente, não necessariamente vinculada à teoria finalista. A produção de *Welzel*, sobretudo na década de 30 do século passado, tocou, entre outros, em pontos sensíveis, como o direito natural, o positivismo, a filosofia dos valores, os quais se inserem, portanto, nessa terminologia mais ampla. Quando nos referirmos à teoria finalista, o termo deve ser compreendido em sentido restritivo.
7. DIAS, 2019, p. 285-286. É o que se infere também em L. Greco: “O finalismo, a teoria que dominou o debate (mas nunca as opiniões) nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial [...]” GRECO, 2014, p. 24. Igualmente, “A doutrina finalista aparece nos anos trinta do século passado...expandindo-se com êxito extraordinário depois da Segunda Guerra Mundial”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 669.
8. Ainda que se possa cogitar de tal simpatia, em termos de posição política pessoal, o que nos interessa aqui é contrapor as posições dogmáticas de *Welzel* com o regime nacional-socialista, e não desvendar acerca de seu estado anímico acerca do nazismo, algo irrelevante para o debate.
9. Compare-se: KUBICIEL, 2015, p. 136. Contudo, o Autor assume perspectiva divergente, defendendo que, já a partir de 1930, *Welzel* passa, gradualmente, a ocupar posição de destaque na ciência penal, alcançando, em 1937, o status de uma das principais cabeças da dogmática alemã. KUBICIEL, 2015, p. 138.
10. BGHSt 2, 194, p. 209 e ss., ainda que sem referência expressa ao nome de *Welzel*. Sobre isso: LOOS, 2004, p. 1115.

culpabilidade, foram desenvolvidos já entre as décadas de 30 e 40 do século passado, no apogeu do regime nacional-socialista.

Argumenta-se, agora do ponto de vista material, que as contribuições da teoria finalista, que possui uma raiz aristotélica, foram desenvolvidas, em especial, com o fito de limitar a normatividade por meio da *natureza das coisas*, leis do ser, as quais, uma vez assumidas pelo legislador, não poderiam ser modificadas¹¹. Como poderia uma tal estrutura teórica, construída para limitar o conteúdo das normas à luz da realidade, isto é, limitar o poder do Estado por meio da natureza das coisas, contribuir juridicamente para o desastre da II Guerra Mundial? Fazemos essa indagação, em caráter retórico, isto é, não em razão de sua relevância científica ou analítica, senão para explicitar a ausência de sentido de se insinuar tal conexão, indicada por aqueles que visualizam vínculos diretos entre ontologismo e autoritarismo (infra, 3).

Por outro lado, como teremos oportunidade de ressaltar abaixo (n. 3), o sistema de imputação de Welzel expressa o inevitável retorno às ideias da ilustração. O autor julgava um absurdo imputar consequências jurídicas a uma pessoa tão somente em razão da causação de determinado resultado, isto é, sem a intervenção do conhecimento, tampouco da vontade; esse modelo de imputação, como é possível intuir, está na raiz dos sistemas autoritários, da censura pelo resultado. Por isso, a ação, espinha dorsal da imputação, somente possui relevância jurídica quando se produz por meio de uma vontade que determina o curso causal. Observada assim, ressalta *Alberto Donna*, a teoria de Welzel é um retorno à teoria da imputação à liberdade¹². E mais, conclui o autor, vê-se que a ação, no sentido proposto por Welzel, “é um retorno à ideia essencial da ilustração de imputar à liberdade do sujeito, como resposta à imputação objetiva da irracionalidade do sistema do nacional-socialismo”¹³.

Não somos ingênuos a ponto de ignorar que são identificáveis tópicos considerados “antiliberais” na teoria penal¹⁴ de *Welzel*, que poderiam, como de fato foram, ser utilizados pelo “Regime” no sentido de se conferir uma sustentação teórico-dogmática a iniciativas político-legislativas autoritárias¹⁵. Por outro lado, o pensamento essencialmente ontologista (no plano da teoria da ação final), e marcadamente ético (no que toca à missão do Direito Penal), como também antropológico, tanto poderia ser um servo de um regime

11. DIAS, 2019, p. 285.

12. ALBERTO DONNA, 2005, p. 86.

13. ALBERTO DONNA, 2005, p. 90.

14. Aqui, como se viu, não nos referimos apenas à teoria finalista, mas também aos textos de relevo de *Welzel*, sobretudo os reunidos na coletânea “*Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*”, os quais serão analisados em seus aspectos mais relevantes para este artigo.

15. Parte da irracionalidade foi levada adiante pela Escola de Kiel, que guarda com um finalismo a coincidência temporal, algumas premissas filosóficas e mesmo repercussões no sistema penal. Entretanto, nas palavras da literatura científica, essas Escolas devem ser *drasticamente diferenciadas* (cf. abaixo n. 4). Assim, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 674.

ditatorial, como de um projeto democrático, em face, ou bem dos valores defendidos, ou bem de uma certa neutralidade valorativa (no que toca às denominadas estruturas “lógico-reais”¹⁶). Ressalvas feitas, vamos aos argumentos de vinculação.

Como antecipamos, há autores que sustentam a relação de *Welzel* com o regime nazi. Antes de entrar propriamente nas filigranas da sua construção teórica, essa parcela da literatura considera que é possível adscrever *Welzel* ao nacional-socialismo em razão de alguns fatos¹⁷: primeiro, em 1937, em Eisenach, participou como expositor no encontro organizado pela NS – *Rechtswahrerbund*, oportunidade na qual falou a honra da comunidade (“*Über die Ehre von Gemeinschaften*”)¹⁸, temática de extrema importância para o regime nazi.¹⁹

Welzel também é mencionado como bom exemplo, ao lado de *Mezger*, de jurista que assentiu com a cláusula da analogia como fonte de criação do direito penal.²⁰ Afirma-se, categoricamente, que *Welzel* não apenas atribuía grande significado às investigações sobre eugenia e a raça, senão também que “*otorgó su aprobación científica a la disolución de la garantía del principio de legalidad para aplicar el derecho penal con fines políticos*”²¹. Que se segue da seguinte afirmação, essa mais severa: *Welzel* aprovou, categoricamente, a:

“[...] introducción de la cláusula de aplicación analógica del derecho penal conforme ‘al sano sentimiento del pueblo alemán’, introducida por el régimen Nazi en el § 2 del entonces vigente StGB, pues ella permitiría aplicar el Derecho penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su ‘contenido material’, esto es, ‘los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas del Derecho penal’, entre los cuales menciona, en primer lugar, ‘la fidelidad al pueblo, al Reich, a la Führung’ y ‘la obediencia al poder estatal’.”²²

Feitos esses breves delineamentos, passaremos, agora, à análise dos elementos concretos que possuem maior relevo para o debate.

16. Explicativo sobre isso, com múltiplas referências: STICHT, 2000, p. 37-48.

17. Descrição em VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2019, p. 191.

18. WELZEL, 1938, v. 57, p. 28.

19. Cf. ainda STICHT, 2000, p. 122 e ss.

20. MATUS ACUÑA, 2014, p. 622, nota de rodapé n. 1.

21. Idem.

22. MATUS ACUÑA, 2014, p. 622, nota de rodapé n. 1.

3. A TEORIA DA AÇÃO FINAL: ONTOLOGISMO NEUTRO?

A teoria finalista de Welzel é, sobretudo, uma teoria realista²³. Um dos principais pontos de ruptura com a “escola clássica” e o “causalismo”, bem assim com o neokantismo e a sua separação entre os planos do “ser” e “dever ser”, sem espaço para dúvidas, foi a “teoria da ação final”. A ação deixa de ser compreendida como simplório processo causal, como mera causalização de um resultado, e passa a ser concebida como direção final de processos causais, na medida em que a vontade antecipa o objetivo, escolhe os meios para seu alcance e se planeja para tal²⁴. Por poucas palavras, a ação é “o exercício de uma atividade final”²⁵ (“*Ausübung der Zwecktätigkeit*”). É fácil perceber, portanto, que a concepção final da ação está assentada na intuição segundo a qual *os seres humanos têm finalidades*²⁶; daí se dizia, em tom jocoso, que a causalidade é dos mortos e finalidade dos vivos²⁷ ou, no sentido plástico descrito pelo próprio Welzel, que a causalidade é cega e a finalidade é vidente²⁸. Vamos nos deter um pouco nessas considerações.

O conceito de ação, enquanto categoria do ser e como verdade ontológica, precede ao legislador²⁹ e o vincula, caso esse queira dela se valer³⁰. Em outras palavras, isso significa que o sujeito cognoscente não altera o objeto conhecido: se o direito recorre ao ente, o direito tem que respeitar o “ser” desse ente (a sua estrutura lógico-real). Para colocar a ideia em um plano de compreensão mais evidente: um cachorro sempre será um cachorro, ainda que o legislador o chame de gato; por isso, o cachorro nunca ronronará.

Uma evidente implicação desse modo de compreensão, no âmbito da moldura de uma teoria do Estado, é, sem dúvida, que o legislador não é um ser onipotente, que pode tudo. Isso, naturalmente, pavimenta o caminho para a transição de um Estado de Direito meramente formal para o Estado de Direito *material*³¹: a normatividade está limitada pela estrutura ôntica do ente ou, o que é o mesmo com outras palavras, “qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea”³². A convicção do finalismo, portanto, se dirige no sentido de que o direito, em especial a dogmática penal, deve ter como

23. WELZEL, 1975, p. 106, a respeito das estruturas ônticas, como parte da vida real.

24. WELZEL, 1975, p. 77 e 108 e ss.

25. WELZEL, 1969, p. 33 (sem destaque no original).

26. Sobre se é possível encontrar algum nível de finalidade também nos animais, fato que colocaria em xeque a premissa de Welzel, cf. PORTMANN, 1956.

27. BAUMANN, 2016, p. 173.

28. WELZEL, 1961, p. 1.

29. WELZEL, 1931, p. 708.

30. Cf. WELZEL, 1953, p. 4.

31. Não ignoramos toda a discussão em torno do termo Estado de Direito. Aqui, consideramos que o núcleo do conceito é constituído pela ideia de liberdade do cidadão. Cf. NOVAIS, 2013, p. 25.

32. Cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, 2000. p. 125.

objeto aquilo que é permanente e pré-jurídico, o que se convencionou chamar de estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas³³. Essas, que preexistem à intervenção do direito, já possuem uma dimensão de sentido que não pode ser alterada pelo legislador.

A primeira, e quizá mais importante, dessas estruturas lógico-reais, cuja lógica o direito deve respeitar, é a já mencionada natureza final do atuar humano³⁴. Se o legislador quiser regular a ação humana, não pode ignorar a sua dimensão pré-jurídica. Disso será também derivado o conceito de ilícito pessoal³⁵, com a “subjetivização” do ilícito³⁶; o ilícito penal nunca consiste na simples lesão objetiva do bem jurídico (desvalor de resultado), mas sim se traduz em um ato social-eticamente intolerável (desvalor de ação)³⁷, que tem na intencionalidade o seu ponto arquimédico.

Ainda no que se refere à interpretação da intenção, *Welzel* ressaltava que a *finalidade* é uma categoria objetiva, e que o conteúdo de sentido social é codeterminado pela vontade da ação final, mas não de modo exclusivo. De toda sorte, no que toca à vontade da ação, *Welzel* mantém a compreensão de que se trata de algo puramente psicológico, um fenômeno mental que não pode ser definido³⁸.

A intencionalidade, posteriormente substituída pela expressão “finalidade”, pertencente ao ilícito pessoal, consiste na “singular posição da vontade na estrutura do mundo, de transformar o evento cego [...] em um acontecimento vidente, ou seja, sobredeterminar o nexo causal de modo final”³⁹.

Uma vez que a finalidade refere-se à capacidade da vontade de, em determinada extensão, prever o resultado da intervenção causal e, assim, planejadamente, controlá-la para o alcance do objetivo, a vontade controladora do evento causal, consciente do objetivo, é a espinha dorsal da ação final⁴⁰.

Veja-se aqui uma questão interessante: assim compreendida a finalidade, nota-se claramente a consequência que é derivada para o legislador. Esse está livre para eleger as ações

33. Vejam-se: STICHT, 2000, p. 45; e WELZEL, 1975, p. 244. Criticamente, sobre a problemática da não vinculação do legislador, caso este opte por não considerar as estruturas lógico-objetivas, desconsiderando-as por completo, e tomando a culpabilidade como exemplo: KAUFMANN, 1976, p. 29-32.

34. Ao lado dessa, em nível de relevância, estaria a estrutura da culpabilidade como “poder atuar de modo diferente”. Assim, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 60. Também, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2005, p. 670. Com efeito, junto da ação, *Welzel* refere-se à categoria da culpabilidade. WELZEL, 1975, p. 107.

35. Não que esta inserção tenha sido novidade. Já então, GRAF zu DOHNA, 1936, p. 22. Exemplificativo: STUCKENBERG, Carl-Friedrich, 2015, p. 91.

36. Sobre isso: MENDES, 2007, p. 375 e ss.

37. Em um paralelo com a perspectiva anglo-saxônica da ação teleológica, e sobre *Welzel*, veja-se: FLETCHER, 2000, p. 434.

38. WELZEL, 1969, p. 69.

39. WELZEL, 1975, p. 29 e p. 94. Compare-se: STUCKENBERG, Carl-Friedrich, 2015, p. 89.

40. WELZEL, 1969, p. 34.

penalmente relevantes, mas, uma vez eleitas, não pode ignorar que essas são sempre finais. Nas palavras de Welzel, o legislador poderia autorizar ou proibir o aborto, mas não mandar as mulheres acelerarem a gravidez ou que aos seis meses deem luz a crianças saudáveis⁴¹. Ao fim e ao cabo, isso significa que o direito não pode proibir meras causações, mas somente ações finais; logo, o dolo pertence ao tipo de injusto. A partir desta construção, o dolo e a culpa são transferidos ao ilícito pessoal, com o dolo sendo equiparado à própria vontade final de realização (*Verwirklichungswille*)⁴². Há dois aspectos aqui, de especial interesse para este breve trabalho.

O primeiro consiste na crítica de Welzel ao positivismo (naturalista) e ao conceito causalista de ação, fundado nessa corrente filosófica, no sentido de que há um completo esvaziamento do conceito de ação, que perde sua “essência” e é transformado num “fantasma sem sangue”⁴³.

O segundo corresponde ao entendimento da ação como um conceito pré-jurídico, de base ontológica e neutra⁴⁴, cujo vínculo com a teoria da ação no campo filosófico será aqui brevemente examinado.

Um primeiro passo de relevo, neste tópico, consiste em tentar situar a teoria finalista no âmbito mais abrangente da denominada filosofia da ação⁴⁵. Não poderemos, por razões de extensão, abordar todas as subdivisões identificáveis na inabarcável literatura da filosofia da ação. Nos ocuparemos, portanto, daquelas que ou bem se conciliam com o conceito de ação final, e das que representam uma possível oposição a ele.

Ainda que sem uma justaposição, é possível estabelecer uma conexão entre a concepção finalista de Welzel e a designada teoria “intencionalista-causal”, que ainda representa a posição mais difundida, mesmo que sendo alvo de várias objeções⁴⁶.

Segundo essa perspectiva (também denominada “intencional-causal”), estados intencionais (ou seus correlatos neuronais) *causam* eventos externos, tais como movimentos corporais⁴⁷. Ou seja, o agente, por intermédio de um “ato de vontade”, causa efeitos no mundo exterior, que podem ser explicados conforme a ótica das ciências empíricas. No caso de Welzel, se dá a referência específica, primeiramente, ao ato de vontade e, após, à

41. WELZEL, 1961, p. 9.

42. WELZEL, 1975, p. 109.

43. WELZEL, 1975, p. 77 e 107, a ressaltar que este conceito encolhido e oco de ação poderia ser portador de qualquer forma de tipo objetivo.

44. WELZEL, 1949, p. 7.

45. A filosofia da ação, como uma meta-teoria, que surge como disciplina parcial a partir da segunda metade do século XX, ocupa-se, basicamente, com as seguintes questões: 1) o que é uma ação, em termos de sua essência; e 2) o esclarecimento do objeto de conhecimento relacionado com o conceito de ação, decomposto em “intenção”, “ato de vontade”, “causalidade” etc. A ligação entre a teoria da ação final e este “novo” ramo da filosofia indica-se como algo evidente.

46. “*Causal theory of action*”. Veja-se, sobre isso: BURKHARDT, 2015, p. 45 e ss.

47. Assim: FODOR, p. 77; WELZEL, 1975, p. 109.

vontade, como sendo causas de processos conscientes e controlados⁴⁸. Note-se que a qualificação “causal” aqui nada tem a ver com as teorias causalistas, na medida em que o processo volitivo é considerado de modo vinculado a uma expressão de sentido e a um posicionamento do agente perante os seus objetivos (ainda que o plano da valoração se situe na culpabilidade).

A esta compreensão se opõem os adeptos do chamado “intencionalismo anticausalista”, como, na filosofia da ação, v. *Wright*⁴⁹ e *Elizabeth Anscombe*⁵⁰ e, na dogmática, *Urs Kindhäuser*⁵¹, *Georg Fletcher*⁵² e *Günther Jakobs*⁵³, entre outros⁵⁴. Cumpre realizar uma breve aproximação entre as vertentes antagônicas, no escopo de esclarecimento analítico do problema e vinculação com nosso tema.

Como assinalado, para a perspectiva “intencionalista-causal” há, de fato, uma relação de interdependência entre a consciência, a vontade e o comportamento externo, em uma conexão de causa e efeito. Nesse contexto, é possível concluir que o conceito de ação final é *teleológico* – pois se concebe a ação como o exercício da finalidade. Mas não se trata, necessariamente, de uma perspectiva que implique em um teleologismo “não-redutível”, ou seja, desvinculado de uma ideia de causalidade. Mesmo porque, para *Welzel*, a causalidade (regida pelas leis empíricas) e a intencionalidade (teleológica) são duas formas qualitativamente distintas de determinação da ordem de acontecimentos, que se justapõem.

Ainda que se parta de uma ideia fundada na experiência cotidiana, sobre a vivência da causalidade mental, como algo inerente a qualquer compreensão racional do ser humano, é de se admitir que nem a teoria “intencionalista-causal”, nem a teoria da ação final, conseguem esclarecer, de modo adequado, como se dá esta relação entre o “estado mental intencional” e o acontecimento externo. Mas este não é um déficit específico da teoria da ação final; antes o problema se encontra insolúvel no seio da própria filosofia da ação⁵⁵.

Já conforme a perspectiva da(s) teoria(s) comunicativa(s) da ação, uma vertente do denominado “intencionalismo não-causalista”, intenções e ações devem ser esclarecidas como puros conceitos semânticos ou lógicos⁵⁶. Não se deve questionar, de início, a intenção

48. WELZEL, 1939, p. 503. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 26.

49. WRIGHT, V. *Explanation and understanding*. New York: Routledge, 2012. p. 6 e p. 83.

50. ANSCOMBE, Elizabeth. *Intention*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1965. p. 7, no sentido de que “ação intencional” é a que se submete à “pergunta sobre o porquê”.

51. Sobre as críticas à perspectiva do “ato de vontade” (*Willensakte*), e da causalidade da vontade, veja-se: *Intentionale Handlung*, 1980, p. 96-97 “Resumidamente pode-se dizer que a ligação do homem como sujeito com seu comportamento não pode ser formulada como causal”.

52. FLETCHER, Georg. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 436.

53. JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. Kleine Studie. München: Beck, 1992. p. 27.

54. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 24.

55. Veja-se: BURKHARDT, 2015, p. 46.

56. Explicativamente: Idem.

do autor, mas sim como o observador compreende sua atuação, segundo parâmetros da linguagem, que são indisponíveis e objetivos.

Essas concepções comunicativas, ou “não-causais”, classificam-se como normativas porque transmudam a ação, de um objeto de valoração, para a valoração de um objeto⁵⁷. A ação consistiria, então, no significado social de uma conduta; não mais no substrato de um significado (= o portador de um significado), mas sim no significado de um substrato⁵⁸. Daí que, em um sentido restrito, a ação não existe como fenômeno natural. A ação, como puro construto interpretativo, não se pode entender como acontecimento objetivo, mas sim como uma entidade semanticamente impregnada, como algo interpretativamente compreensível. Apenas a interpretação permite que um simples movimento corporal se caracterize como ação.

Nesse sentido, para *Jakobs*, é a posição comunicativamente relevante, ou a expressão de sentido comunicativamente relevante, quem constitui a ação⁵⁹. Em um sentido próximo, também na dogmática, *Kindhäuser* sustenta que a expressão de fundamentos, motivos, intenções, e objetivos da ação é representada por um caráter lógico distinto da linguagem aplicada para a descrição e esclarecimento de eventos contingentes⁶⁰ (empíricos).

Por sua vez, *Roxin* observa que o conceito finalista é insuficiente exatamente porque há conteúdos de significação social que não se podem entender como simples controle de fatores causais e porque a própria finalidade é valorada⁶¹, o que demonstra a inaptidão de um conceito ontológico para solucionar problemas jurídicos⁶².

A objeção principal que se faz a *Welzel*, logo se vê, é a de que não se ocupou concreta e suficientemente das condições de constituição do sentido, ou seja, de que não teria tomado em consideração que “expressão de sentido” somente pode ser designável como processo comunicativo⁶³, de entendimento intersubjetivo. Ao invés de conectar a ação como parte da sociedade, a compreensão welzeliana seria, assim, “quase-individual-antropológica”⁶⁴. Neste contexto, *Fletcher* sustenta que:

57. Explicativamente: *Idem*.

58. Veja-se, por exemplo: VIVES-ANTÓN, 2011, p. 154: “uma tomada de postura ou expressão de sentido somente pode entender-se como processo comunicativo, no que não somente é relevante o horizonte de quem se expressa, mas também o do receptor”. Veja-se ainda, VIVES-ANTÓN, 2011, p. 212 e p. 220.

59. JAKOBS, 1992, p. 24 e p. 27. Explicativo: BURKHARDT, 2015, p. 31.

60. KINDHÄUSER, 2011, p. 57 e ss.

61. Como na ação final de “fraudar” no estelionato. Vejam-se: ROXIN; GRECO, 2020, p. 345, com a crítica kantiana no sentido de que do ser não se pode derivar o dever.

62. Proximamente: VIVES-ANTÓN, 2011, p. 130. Para o autor, se alguém, com a “finalidade subjetiva” de injuriar, profere palavras sem sentido objetivo injurioso, não realiza uma “ação de injuriar”, pois esta ação depende do significado.

63. Assim: BURKHARDT, 2015, p. 31.

64. *Idem*.

“[...] the difference between bodily movements and human acts is that when someone is acting we can perceive a purpose in what he or she is doing. What we perceive when we grasp that someone is acting is not a manifestation of the will, but the assertion of a particular purpose.”⁶⁵

Mas, note-se bem, *Welzel* também concebia a ação como “expressão de sentido” e como fenômeno social⁶⁶, não havendo qualquer “abismo” entre tais perspectivas⁶⁷.

O próprio *Fletcher*, retromencionado, não deixa de assinalar a aproximação entre a concepção welzeliana com a filosofia da linguagem, designadamente com *Wittgenstein*, ao reconhecer que “*the most appealing aspect of Welzel’s theory of acting is that it overcomes the false dichotomy between acting and intending that pervades theoretical work in the criminal law*”⁶⁸.

Para os propósitos deste breve texto não há razão para verticalizarmos a discussão filosófica, mas sim cumprir tentar compreender se uma perspectiva “essencialista” ou ontológica contém, em si, algum dado político-ideológico, ou, ao menos, “potencialmente” ideológico, que indicie um vínculo do sistema welzeliano com o regime nacional-socialista.

Há mesmo algumas associações – que se apresentam, ao nosso aviso, de todo injustificáveis – entre “ontologismo” – “autoritarismo”⁶⁹ e, ao inverso, entre perspectivas de corte “comunicativo” e “democracia”⁷⁰, como se os modelos filosóficos, com raízes milenares (a

65. FLETCHER, 2000, p. 436.

66. WELZEL, 1939, p. 503.

67. O que é reconhecido por *Jakobs*, por exemplo. JAKOBS, 1992, p. 24.

68. FLETCHER, 2000, p. 437-438.

69. Chega a ser curiosa a construção de *Matus Acuña*, ao apontar que *Hartmann* seria “nazista” e que, por isso, o vínculo ao pensamento do autor, para a fundamentação da teoria da ação final, estaria contaminado pelos mesmos valores antiliberais. MATUS ACUÑA, 2014, p. 626. A conclusão é tão desconcertante que inviabiliza a articulação de quaisquer objeções. De todo modo, cumpre aludir, para evitar mal-entendidos, sobre a influência de *Hartmann* na dogmática penal, ao texto de AUSBERG, 2003, p. 53-74, em que não se encontra qualquer referência da apontada vinculação ao nacional-socialismo. Na literatura portuguesa, veja-se, ainda, sobre o tema: MENDES, 2007, p. 373, a ressaltar o vínculo aos planos da ontologia e do conceito de ação final. MENDES, 2007, p. 375, especialmente nota 821.

70. É o caso, na literatura brasileira, de *Busato*, que sustenta que as “estruturas lógico-objetivas” possuem conexão com a ideia da “natureza das coisas”, empregada pelo nacional-socialismo para justificar, por exemplo, a superioridade de raça. Para o Autor, a “qualidade técnica duvidosa dos textos de *Welzel*” foi um dos motivos da difusão do finalismo em sua discussão com o neokantismo (?!). O outro motivo teria sido a “cortina de fumaça dogmática” levantada por *Mezger* e difundida por *Welzel*, para fins de “ocultar relações passadas com o regime autoritário nazista”. Com toda a franqueza, ao que parece o autor pretendia se referir a outras estruturas, que não as lógico-objetivas. Apontar – como o fez *Welzel*, no início da década de 1930 – a vontade humana como fator de regulação, com sentido, do curso causal, e estabelecer que somente assim aquilo que foi realizado pode ser considerado “obra do agente”, são considerações que permitem explicar o porquê de se tornar, ou

alcançar, no que aqui interessa, *Aristóteles*, v.g., no que toca à razão prática, que se encontra no alicerce mesmo do finalismo) ou ao menos seculares (no que toca à filosofia tomista e de *Pufendorf*⁷¹, por exemplo, no aspecto ético), pudessem ser lidos em uma chave tão pouco rigorosa.

Como visto, a teoria da ação final se insere em um quadrante amplamente defendido na filosofia da ação⁷² (das teorias teleológicas ou intencionalistas), inclusive contemporaneamente. Enquanto pensamento filosófico-ontológico e, neste particular, “a-valorativo”, não há espaço para um enquadramento político-ideológico exato. Para além disso, nunca é demais sublinhar, a radicalização das teorias comunicativas e do próprio normativismo pode conduzir, no campo do Direito Penal, a uma desconexão entre o destinatário da norma e o responsável pelo juízo⁷³.

O que há de um mínimo de ideologia consiste na contraposição da teoria finalista em face da teoria causal no que concerne, precisamente, ao (insolúvel) problema do determinismo x liberdade. Um dos objetivos atribuídos a *Welzel*, com a perspectiva finalista, foi o de, precisamente, reforçar que um sistema de responsabilidade penal não pode se assentar em uma concepção “causal-determinista”, pressupondo, antes, a liberdade pessoal para que a responsabilidade seja legítima⁷⁴.

Concluindo: não é neste quadrante – se é que seja mesmo em algum – que se pode demonstrar um vínculo direto ou indireto entre o finalismo e o nacional-socialismo.

4. SOBRE AS CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO E SOBRE A MISSÃO DO DIREITO PENAL

É importante começar este tópico pelo fundamento principal de qualquer teoria penal, qual seja, a justificação/fundamentação da pena, de modo associado à “missão” do Direito Penal.

Na concepção de *Welzel*, a perspectiva que acentua a lesão do bem jurídico é uma decorrência do dogma causal, fundado no positivismo naturalista. Segundo *Welzel*, a tarefa do Direito Penal não consiste, primariamente, na proteção do bem jurídico individual, mas

não, alguém responsável por seu fato. Para um regime autoritário, por certo, um conceito vazio de ação, compatível com qualquer descrição típica, teria sido muito mais atraente.

71. WELZEL, 1975, p. 83. Exemplificativo: KUBICIEL, 2015, p. 146.

72. Assim: FLETCHER, 2000, p. 438.

73. Veja-se: KÜPPER, 1990, p. 196: “um império autônomo dos valores imuniza-se contra objeções, que vêm de fora”; “uma vez posto em marcha, o normativismo não pode mais ser contido”. Op. cit., p. 197-198. Também, sobre isso: HIRSCH, 1982, p. 278 e ss.

74. Neste sentido, precisamente, a análise de FLETCHER, 2000, p. 435.

sim na tutela do valor objeto da norma⁷⁵, cuja violação deriva do (des)valor do ato. O aspecto central, portanto, é o valor do ato (*Aktwert*)⁷⁶, enquanto um dado histórico-socialmente construído, identificado em uma comunidade de vida concreta, que se torna objeto de proteção pela norma penal.

O valor do ato se vincula, por sua essência, ao valor factual/da coisa, este último identificado como “bem jurídico”, que é seu pressuposto/objeto de referência. Por meio da proteção do “valor do ato” se protege o bem jurídico como existência factual. A proteção do “valor do ato” tem por objetivo a manutenção da consciência jurídica; já a proteção do bem jurídico tem por escopo a manutenção do bem individual⁷⁷.

Pois bem.

Mesmo que a crítica à teoria do bem jurídico tenha se feito presente em autores representativos de um Direito Penal “antiliberal”, e por adeptos do nacional-socialismo, como *Dahm* e *Schaffstein*⁷⁸ (da denominada “Escola de Kiel”⁷⁹), é reconhecido que os fundamentos de *Welzel*, neste quadrante, eram antes de natureza psicológica e ontológica (com vinculação à vontade final e à intencionalidade⁸⁰) e ético-filosóficos (conectados a uma concepção retributiva da pena), do que político-ideológicos⁸¹.

Ainda no que toca à concepção de *Welzel* neste tópico, uma das objeções que se erguem consiste no formalismo e na insuficiência de conteúdo material⁸² de seu conceito de bem jurídico. Mas disso não se pode extrair uma conexão com qualquer regime político específico, como parece óbvio.

75. Sobre a pena como postulado da retribuição justa: WELZEL, 1969, p. 238-239. Sobre isso: PAWLIK, 2015, p. 63 e ss., a observar que, contudo, há múltiplos aspectos da teoria penal de Welzel que o aproximam da prevenção geral positiva contemporânea.

76. Cf. WELZEL, 1975, p. 228. Atentemo-nos aqui para algo digno de nota: se o “desvalor do ato” não permite que a eventual “ausência de valor” do bem jurídico individual-concreto afaste a proteção do Direito Penal (pois o que este protege, primariamente, é o “valor do ato” e a consciência jurídica), esta concepção poderia servir como obstáculo para a eliminação de vidas consideradas como destituídas de valor pelo regime nazista (como as de enfermos ou deficientes). Neste sentido, a concepção welzeliana seria antes um estorvo, do que um apoio ao regime nacional-socialista. De todo modo, a advertir sobre a correlação com o aspecto ético do desvalor do ato, como uma tendência de materialização das categorias: VOGEL, 2003, p. 646.

77. WELZEL, 1975, p. 228.

78. Para o pensamento nacional-socialista a ideia do delito como violação do bem jurídico seria excessivamente individualista. Vejam-se, por exemplo, a respeito das críticas ao individualismo: SCHAFFSTEIN, 1935, p. 108. DAHM, 1938, p. 230 e ss.

79. Sobre a Escola de Kiel, e sobre a necessidade de aprofundamento das pesquisas acerca do período: MENDES, 2007, p. 374.

80. KUBICIEL, 2015, p. 139.

81. Sobre isso, veja-se: STOPP, 2018, p. 59. Em sentido contrário, a postular uma vinculação mais estreita entre *Welzel* e a “Escola de Kiel”, mas, ao nosso aviso, equivocadamente e sem fundamentos convincentes: MATUS ACUÑA, 2014, p. 622 e ss.

82. Veja-se: AMELUNG, 1978, p. 173.

Quanto à missão do Direito Penal, assinalava *Welzel* no prefácio da primeira edição do seu Manual (*Das deutsche Strafrecht*) que essa consiste na proteção dos valores elementares da vida comunitária⁸³. Concretizando: a tarefa primária do Direito Penal, para *Welzel*, é a de assegurar a permanente consciência leal do cidadão ao Direito⁸⁴ ou, por outros termos, a vigência do valor do ato.⁸⁵

A necessidade de o indivíduo buscar, responsavelmente, sua autorrealização, no âmbito dos fins e objetivos da vida comunitária, não se deve confundir, porém, com uma “ética coletivista”⁸⁶, em que a “comunidade é tudo, e o indivíduo nada”, conforme *Welzel* acentuou no artigo “Über die Ethischen Grundlagen der Sozialen Ordnung”⁸⁷, ainda que em 1947. Alguns anos após, no texto *Naturrecht und Rechtspositivismus*, *Welzel* chamava a atenção para o caráter intocável da autonomia, no sentido de que esta consiste na capacidade essencial do ser humano, de avaliar, segundo o próprio juízo, acerca das exigências morais⁸⁸.

Não é preciso excessivo esforço para se conceber que essa defesa da autonomia individual e as objeções às perspectivas coletivistas, no pensamento welzeliano, não são compatíveis com a ideologia nacional-socialista.

Já no tocante à teoria da pena, nada obstante *Welzel* tenha explicitado a defesa da teoria retributiva, não é difícil constatar vários aspectos, em seu pensamento, que mais se aproximam das contemporâneas teorias da prevenção geral positiva⁸⁹, de corte funcionalista. A própria ideia do exercício e fortalecimento da consciência leal ao Direito, como forma de estabilização normativa e proteção mediata de bens jurídicos consiste no núcleo duro das teorias preventivas positivas, nos moldes, por exemplo, de *Roxin*⁹⁰.

Distintamente do que se aplica à pena, a concepção de *Welzel* no que toca às medidas de segurança realmente se aproxima, perigosamente, da teoria preventiva especial de *v. Liszt*, notadamente no que concerne à extensão de sua aplicação. No conceito amplo de “*Zustandsverbrecher*”, *Welzel* incluía os mendigos, prostitutas e “vagabundos” no que toca à criminalidade “leve”, e outros como “criminosos habituais” se vinculavam à “criminalidade grave”. Segundo *Welzel*, para todas essas pessoas, que não possuiriam qualquer formação ética, o Direito Penal “próprio” não basta: a pena retributiva, limitada pela culpabilidade,

83. WELZEL, 1940, p. 1. O que se manteve até a última edição (11. Aufl.), p. 1 e 4.

84. WELZEL, 1975, p. 263. Explicativo: PAWLIK, 2015, p. 50. Também, sobre a proteção mediata de bens jurídicos na concepção welzeliana: AMELUNG, 1978, p. 167.

85. Idem.

86. Sobre esta característica no pensamento nacional-socialista: VOGEL, 2003, p. 656.

87. In: WELZEL, 1975, p. 241 e ss. Também: WELZEL, 1969, p. 244. Compare-se: PAWLIK, 2015, p. 51.

88. WELZEL, 1975, p. 286 e ss. A primeira publicação se deu no âmbito do *Festschrift für H. Niedemeyer*, em 1953.

89. Veja-se, explicativo: PAWLIK, 2015, p. 59, a observar que *Welzel*, nada obstante, fosse um crítico das teorias preventivas. FRISCH, 2015, p. 219-220. Veja-se: WELZEL, 1969, p. 5.

90. Assim: ROXIN, 1979, p. 279. FRISTER, 2015, p. 26. Na doutrina portuguesa, sobre a teoria preventiva geral positiva, veja-se: TAIPA DE CARVALHO, 2003, p. 317 e ss. FRISTER, 2015, p. 26.

não se faz suficiente para neutralizar a periculosidade do agente, sendo necessária uma medida destinada à neutralização e “melhora” (cura, formação etc.). Essa medida, ela sim, é completamente voltada para a proteção (imediate) de bens jurídicos⁹¹, mas não se pode, advertia *Welzel*, descurar de um tratamento ético do afetado, ao qual deve ser oferecido tratamento e formação.

O mais problemático da concepção de *Welzel*, quanto às medidas de segurança, não se reflete na necessidade dessas em complemento/alternativa à pena (o que é reconhecido pela generalidade da doutrina contemporânea como algo legítimo⁹²), para fins de lida com os inimputáveis (assim os definidos em lei, por força de incapacidade psíquica), mas sim a extensão indevida do polo passivo, para muito além dos últimos⁹³. Com efeito, uma desmedida amplitude e fluidez do objeto de referência faz com que a medida de segurança possa ser instrumentalizada por regimes autoritários contra todos os potenciais “inimigos” e “antissociais”.

De qualquer sorte, o que se nota é que *Welzel* alertava para o risco de uma consideração puramente utilitarista, mesmo das medidas de segurança, e exigia uma justificação ética de sua aplicação em relação ao afetado⁹⁴. Essa justificação se extraía de um pensamento ético-social que, sinteticamente, consistia em: a) todo aquele que participa da vida comunitária, precisa se deixar orientar pelas normas da comunidade; b) a liberdade externa se justifica a partir da posse de uma condição interna de autodeterminação moral; c) somente aquele que possui tal capacidade (de autodeterminação moral) pode pretender a liberdade completa. Assim, aqueles que não podem ser “alcançados” pela influência do Direito Penal, como os doentes mentais, os criminosos habituais, os toxicômanos, devem ser submetidos à medida de segurança, destinada não apenas à neutralização, como também à “melhora”, à cura, à formação e ao cuidado⁹⁵. Note-se que esta posição foi mantida, em essência, por *Welzel*, até a última edição de seu *Manual*⁹⁶, duas décadas e meia após o término da Segunda Guerra, o que indica, objetivamente, que se trata de uma concepção – criticável – acerca de seu modelo teórico, e não de um instrumento preconcebido para fins políticos de determinado regime. E o mau uso de uma teoria é algo a que teoria alguma está imune.

Em síntese: no que se refere especificamente ao instituto da pena, a teoria do bem jurídico – no sentido de que a tarefa primária do Direito Penal seja a proteção dos bens jurídicos – é rejeitada por *Welzel*; já no que se refere às medidas de segurança, ao contrário, *Welzel* considera que sua função imediata é, de fato, a proteção de bens jurídicos. Nem em um caso nem em outro é possível ajuizar, de modo seguro, sobre a matriz ideológica da

91. WELZEL, 1969, p. 8 e p. 244.

92. Com referências: FRISTER, 2015, p. 3; FREUND, 2009, p. 13.

93. Sobre essa crítica: PAWLIK, 2015, p. 61.

94. WELZEL, 1969, p. 245.

95. WELZEL, 1969, p. 245.

96. WELZEL, 1969, p. 8.

concepção welzeliana, afigurando-se temerário pretender partir daqui para uma aproximação do Autor seja à Escola de Kiel, seja ao nacional-socialismo.

5. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A teoria da adequação social foi essencialmente desenvolvida por *Welzel* no artigo *Studien zum System des Strafrechts* (ZStW 58 (1939), 491). O núcleo da teoria, que atinge desde logo a tipicidade, consiste em excluir do espectro do tipo objetivo ações que, embora formalmente subsumíveis à lei e que impliquem algum risco para bens protegidos, sejam socialmente adequadas, em termos dos valores da comunidade concreta, historicamente situada⁹⁷.

Um dos exemplos, aplicado ao tempo de guerra, consiste nos homicídios praticados no *front*, que não seriam, em tal concepção, apenas “justificados”, mas sim, desde logo, atípicos⁹⁸. O pensamento central é o de que “o tipo objetivo como pré-tipificação do ilícito penal” nunca poderia descrever uma ação socialmente adequada⁹⁹.

Convém anotar que a teoria da adequação social ainda encontra repercussão¹⁰⁰, nada obstante a posição de *Welzel* tenha oscilado entre abandono (para considerar a exclusão da responsabilidade ao plano da ilicitude¹⁰¹) e retomada¹⁰², com múltiplas alterações¹⁰³. Para o que interessa aqui mais de perto, é preciso tematizar os riscos que a categoria representa, ou representou, de uma indevida politização do Direito Penal.

Não há dúvidas de que uma interpretação elástica permite que a teoria da adequação social se instrumentalize para excluir do campo de incidência dos tipos inúmeros comportamentos por motivos de política criminal, por “razões de Estado” e com fundamentos ideológicos. Há, inescapavelmente, esse risco, o que poderia, à época do nacional-socialismo, permitir a impunidade de múltiplas violações praticadas em “nome do regime”.

97. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, p. 395, em seguida, a reconhecerem que a adequação social atinge a tipicidade (p. 396). No sentido da exclusão da tipicidade: JESCHECK; WEIGEND, 1970, p. 633, “redução teleológica do tipo”, de modo estreitamente vinculado com a observância do dever de cuidado. ZIPF, 1970, p. 633.

98. WELZEL, 1939, p. 491.

99. Ao ser referirem à função interpretativa do princípio da adequação social: ROXIN; GRECO, 2020, p. 397. Veja-se ainda: DIAS, 2008, p. 792.

100. Com referências: KNAUER, 2014, p. 844 e p. 886.

101. WELZEL, 1954, até 1963. A observarem que essa “neutralização” do tipo foi um esforço de compatibilização com a teoria da ação final e com o correspondente dolo ontológico: ROXIN; GRECO, 2020, p. 392.

102. WELZEL, 1969, p. 55.

103. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, p. 395.

Nesse rumo a análise de *Heike Stopp*, ao assinalar que a teoria criou uma ampla margem de ruptura para a aplicação da ideologia nacional-socialista no campo do Direito Penal¹⁰⁴, por força de seu conteúdo indeterminado. Contudo, a Autora reconhece que conceitos indeterminados e cláusulas abertas existem ainda hoje, e que o problema no nacional-socialismo foi a radicalização da materialização¹⁰⁵ do Direito Penal (não debitável, obviamente, a *Welzel*).

Joachim Vogel também advertia para a “materialização do Direito Penal” no período do nacional-socialismo, que viabilizava uma “operacionalização” da lei, sem necessidade de alteração¹⁰⁶, o que se verificaria especialmente no fluido conceito da adequação social¹⁰⁷.

Kai Ambos, por sua vez, reporta-se criticamente ao caráter vago do conceito de adequação social, vinculando-o à excessiva materialização do Direito Penal, típica do nacional-socialismo¹⁰⁸, embora reconhecendo que, na literatura contemporânea, as críticas se relacionam notadamente à indeterminabilidade conceitual¹⁰⁹.

Contudo, por outro lado, há, mesmo hoje, um reconhecimento generalizado de que a teoria da adequação social perseguia um “alvo certo”: o de acentuar o conteúdo de ilicitude do tipo (que não é valorativamente neutro) e, conseqüentemente, excluir comportamentos não abrangidos nesta conexão axiológica do campo da tipicidade. Além disso, reconhece-se que a teoria da adequação social foi um importante precursor da – hoje amplamente aceita – “teoria da imputação objetiva” e do conceito, a ela correlato, de “risco permitido”¹¹⁰.

Não se pode censurar, portanto, à partida, a categoria dogmática introduzida por *Welzel*, por sua possível aplicação indevida pelo regime nacional-socialista. Este é um risco que também comparte o conceito contemporâneo de “risco permitido”. E a renúncia a tais categorias (adequação social, risco permitido) poderia, essa sim, conduzir a uma indevida expansão do Direito Penal, conduzindo a valorar, em outras camadas da estrutura do delito (= tipo subjetivo, antijuridicidade e culpabilidade), comportamentos que já deveriam ter sido lançados fora do espectro da tipicidade. E absolutamente nada se ganharia com isso.

104. STOPP, 2018, p. 57.

105. No sentido de que a materialização já era uma tendência na República de Weimar, e de que o problema foi sua radicalização pelo nacional-socialismo: VOGEL, 2003, p. 651.

106. Idem.

107. VOGEL, 2003, p. 651.

108. AMBOS, 2019, p. 140.

109. Com referências: AMBOS, 2019, p. 141.

110. Assim: ROXIN; GRECO, 2020, p. 399.

6. TEORIA DO ERRO: O EMBATE ENTRE AS “TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE” E SUAS CONSEQUÊNCIAS EM JULGAMENTOS DE ACUSADOS NAZISTAS

A teoria do erro foi intensamente influenciada pelo finalismo welzeliano, seja no campo da literatura seja no âmbito da jurisprudência (notadamente na decisão do BGH, de 1952, que chancelou a designada “teoria da culpabilidade” – BGHSt, 2, 194)¹¹¹, na medida em que o dolo foi deslocado para o ilícito típico, o que permitiu um claro delineamento entre o “erro de tipo” e o “erro de proibição”.

Um dos pontos nucleares da discussão foi a rejeição da tese, até então prevalente no *Reichsgerichts*, da irrelevância do erro de Direito Penal¹¹². O entendimento era, então, no sentido de que o erro extrapenal equiparava-se ao erro sobre as circunstâncias do tipo, excluindo, portanto, o dolo, enquanto o erro “de direito penal” nunca poderia isentar, ainda que inevitável (*error juris nocet*)¹¹³.

Por seu turno, *Welzel* considerava que a necessidade de exclusão da culpabilidade em caso de erro de proibição inevitável (seja ele acerca do direito penal ou extrapenal) consiste em uma “verdade eterna” (*ewige Wahrheit*), uma “lei fundamental do mundo moral”¹¹⁴. Mas, é de se ver, isso não representa, a rigor, uma “categoria lógico-real”, e sim um princípio normativo, elevadamente consensual, que não se vincula, necessariamente, ao finalismo¹¹⁵.

Já a controvérsia entre as “teorias do dolo e da culpabilidade”¹¹⁶ também se apresentava em outro ponto sensível.

Conforme a “teoria do dolo”, a consciência da ilicitude era objeto do dolo, sendo que o “erro de proibição” (*Verbotsirrtum*) conduzia, obrigatoriamente, à exclusão do dolo¹¹⁷. Para

111. Comparem-se: NEUMANN, 2015, p. 163, a ressaltar que, em que pese o reconhecimento de tal influência, inclusive ao plano legislativo, questiona-se acerca do vínculo necessário entre a “teoria da culpabilidade” e o finalismo. STERNBERG-LIEBEN; SCHUSTER, Frank, 2014, § 17, n.m.3.

112. RGSt 5, 407 (410) = Urt. v. 01. 02. 1882. O “erro de Direito Penal” tinha por objeto circunstâncias do tipo regulamentadas pela própria lei penal, como o conceito de “documento”, por exemplo. Já o erro incidente sobre categorias disciplinadas pela lei civil, como “coisa alheia”, era considerado como erro de direito extrapenal, e equiparado ao erro sobre as circunstâncias do tipo, previsto no §59 do StGB (que disciplinava, exclusivamente, o erro sobre o tipo). Compare-se: Com referências: STUCKENBERG, 2015, p. 87 e ss.

113. Explicativamente: ROXIN; GRECO, 2020, §21, n.m.1057 (PÁGINA, AMIGO).

114. Veja-se, primeiramente: WELZEL, 1939, p. 533. Mais desenvolvidamente: WELZEL, 1952, p. 341.

115. Com razão: NEUMANN, 2015, p. 163. Já então: KAUFMANN, 1961, p. 220. *Kaufmann* aponta para a historicidade do princípio da culpabilidade, assinalando que aquele que não reconhece isso é “cego para a história”.

116. A classificação foi empregada pelo próprio Welzel, pela primeira vez, em: WELZEL, 1948, p. 369.

117. Como principal referência, veja-se: BINDING, 1916, p. 937.

esta perspectiva, defendida por Binding¹¹⁸, Mezger¹¹⁹, Adolf Schönke e Hoerst Schröder¹²⁰, a essência do delito consiste na rejeição consciente da norma por parte do autor, o que dependeria da consciência, por parte desse, da ilicitude do seu comportamento¹²¹ (= *dolus malus*).

Nessa disputa, Welzel, ao invés de uma perspectiva ontológica, assume um posicionamento estritamente axiológico¹²², que encontra raízes em Tomás de Aquino (*error invencibilis* x *error vencibilis* como fatores de manutenção ou exclusão da culpabilidade)¹²³. Tanto assim é que Welzel ressaltava que a consciência da ilicitude não é aquilo pelo que o agente é censurado, mas o fundamento pelo qual o dolo do agente será objeto de censura, ou seja, que em virtude da sua participação na vida social, o agente poderia ter se tornado consciente da ilicitude de seu comportamento¹²⁴. E é essa a razão da censura.

Um dos principais argumentos de Welzel, no sentido de que a consciência da ilicitude não é elemento do dolo, e de que, por isso, o “erro de proibição”¹²⁵ não atinge a “estrutura final da ação”¹²⁶ – que nada mais é do que o equivalente perfeito do dolo – representou uma ruptura com a jurisprudência do *Reichsgerichts*, na medida em que o par conceitual deixou de ser “erro de fato (*error facti*) x erro de direito (*error juris*)” e passou a ser “erro sobre o tipo (*Tatumstandsirrthum*) e erro de proibição (*Verbotsirrthum*)”. O erro sobre o tipo poderia, então, ter por objeto circunstâncias elementares descritivas e normativas, conduzindo à exclusão do dolo em todos os casos, fosse evitável ou não, e fosse ele “de Direito Penal ou extrapenal”¹²⁷.

Nos termos da “teoria da culpabilidade”, a própria culpabilidade não demanda uma representação atual sobre o caráter ilícito do fato¹²⁸, no sentido de um juízo refletido, muitas vezes ausente nos delitos de decisão rápida e nos crimes passionais¹²⁹.

A “teoria da culpabilidade”, se reconhece de modo geral¹³⁰, apresenta-se apta a resolver a grande maioria dos casos de erro, sendo certo que recebeu uma influência essencial da teoria finalista. Contudo, há âmbitos em que a solução proposta se afigura controversa,

118. BINDING, 1913, p. 118 e ss.

119. MEZGER, 1949, p. 306.

120. SCHRÖDER, 1956, p. 187.

121. Assim: FEUERBACH, 1823, p. 60. KLEINSCHROD, 1805, p. 30-32; p. 54-55.

122. Neste sentido: NEUMANN, 2015, p. 163.

123. *Locus* clássico: WELZEL, 1939, p. 533. Veja-se, sobre isso: KAUFMANN, 1961, p. 220-221. Especificamente: GLÄSER, 2005, p. 80-83.

124. WELZEL, 1969, p. 161.

125. O termo foi empregado por Welzel, primeiramente, em WELZEL, 1939, p. 593.

126. WELZEL, 1975, p. 285.

127. WELZEL, 1947, p. 761. Veja-se: STOPP, 2018, p. 78.

128. WELZEL, 1952, p. 340 e ss.

129. WELZEL, 1961, p. 49.

130. Vejam-se: KÜHL, 2012, p. 431.

notadamente na seara do Direito Penal “secundário”, em que não há uma vinculação direta da norma penal com valores nucleares da vida social ou com uma ofensa ao bem jurídico. Nestes setores, há uma tendência em se agir algum nível de consciência da ilicitude ao dolo, em oposição à concepção ontológica e “neutra” de *Welzel*.

Essa abordagem se apresenta relevante no presente texto diante das objeções, e mesmo acusações, no sentido de que um dos objetivos – não confessados – da teoria da culpabilidade foi o de conferir maior flexibilidade no que toca ao afastamento da responsabilidade penal de criminosos nazistas¹³¹. Com efeito, uma das objeções vai no sentido de que a teoria da culpabilidade acaba por agravar a responsabilidade penal no campo do Direito Penal secundário, e a abrir brechas de punibilidade ao plano do Direito Penal nuclear, como teria se verificado em processos contra criminosos nazistas¹³².

Os casos mais correntes, submetidos aos Tribunais alemães, foram os de homicídios em cumprimento a ordens¹³³ gerais (como a conhecida “*Keitel-Himmler-Bormannschen*”, de execução de civis, de que todos os moradores maiores de 14 anos, de residências que ostentassem bandeiras brancas, deveriam ser mortos), como também a execução de doentes e deficientes físicos, além de milhares de casos de eutanásia.¹³⁴

Conforme sustentava *Welzel*, a teoria da culpabilidade, por manter intocado o dolo do tipo, confere uma solução mais justa e flexível para casos que tais, permitindo uma análise exclusivamente no campo da culpabilidade, com possibilidade de redução da pena, ou mesmo de exclusão da censurabilidade em hipótese de erro inevitável¹³⁵.

A questão, contudo, é que o aparente “endurecimento” trazido pela teoria da culpabilidade, em face da manutenção do dolo em casos de erro de proibição, no plano prático conduziu a um tratamento mais “amigável” aos criminosos nazistas, uma vez que a jurisprudência, tanto dos Tribunais de base, como do próprio BGH, se revelou sensivelmente mais tolerante com o erro sobre a ilicitude nas hipóteses de homicídio e eutanásia¹³⁶ fundamentados em ordens ilegais, erro esse que era rejeitado de plano pelo Tribunal do Império (sob a égide da teoria do dolo), ao se considerar irrelevante o chamado “erro de direito penal”, como já anotamos alhures.

131. Vejam-se as críticas de STOPP, 2018, p. 69 e ss.

132. Confira-se: STOPP, 2018, p. 166 e ss.

133. A alegação de erro sobre a ilicitude foi rejeitada pelo Tribunal de Frankfurt, em um caso de execução de um soldado desertor, uma vez que a ordem foi considerada como contrária ao direito natural, cujo conhecimento não podia ser negado pelo acusado. OLG Freiburg, Urteil 09.02.1950.

134. Com análise de inúmeros julgados do BGH e outros tribunais, veja-se: STOPP, op. cit., p. 122 e ss. De acordo com a autora, o programa nazista de eutanásia provocou a morte de aproximadamente 125.000 pessoas, entre 1940-45. Op. cit., p. 102.

135. Neste sentido, *Welzel* também censurava as teorias do dolo em face de uma presunção de consciência da ilicitude efetiva, criada para resolver lacunas de punibilidade.

136. Confira-se: KG Berlin, Urt. 24.08.1946, in: DRZ 1947, p. 198. (STOPP, p. 88). No julgado, adotou-se a teoria limitada do dolo, para fins de se considerar irrelevante o erro derivado de cegueira jurídica. No mesmo rumo: OLG Tübingen, Urt. 21.06.1949 (também sobre eutanásia).

Mas o problema que se coloca é: o manejo possivelmente equivocado da teoria da culpabilidade, conduzindo a múltiplas absolvições injustas, permite afirmar que tal teoria foi desenvolvida para este fim? A resposta é negativa. Isso se comprova por vários argumentos. O primeiro é de ordem sistemática: a teoria do dolo, se aplicada a rigor, poderia conduzir ao mesmo problema de absolvições indevidas em situações de erro sobre a ilicitude, na medida em que, embora fincada na parêmia “*error juris nocet*”, partia-se da premissa de que o dolo demandava a consciência da ilicitude. Ou seja: a teoria exigia a consciência da ilicitude, mas não levava sua exigência a sério. O segundo é de natureza axiológica: a teoria da culpabilidade permite a manutenção do regime do dolo nos casos de erro de proibição e introduz, corretamente, o princípio da responsabilidade no que se refere à (potencial) consciência da ilicitude, estabelecendo a incumbência, do cidadão, de informar-se sobre as normas vigentes no ordenamento. O terceiro é de ordem empírica: a teoria da culpabilidade prevalece aplicada na maior parte dos sistemas do *civil law*, destacando-se a Alemanha¹³⁷, a Espanha¹³⁸, Portugal¹³⁹ e no Brasil¹⁴⁰, décadas após a superação do regime nazista, e décadas após o esgotamento dos julgamentos afetos aos criminosos do regime. Tudo isso indica que não se pode estabelecer um vínculo direto à teoria, desenvolvida especialmente por Welzel, com o regime nacional-socialista.

Já outras objeções foram opostas à “teoria extremada da culpabilidade”¹⁴¹, defendida desde sempre por Welzel, inclusive no que se refere ao erro sobre os pressupostos factuais das justificantes (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)¹⁴². Neste aspecto, a conexão a um presumível *dolus malus* – em oposição a um *dolus nudus*, acolhido de modo geral por Welzel como sinônimo da vontade final – se apresenta inegável¹⁴³. Mas esta questão não se prende ao objeto do presente texto, e restará apenas indicada no sentido de se destacar uma possível incongruência sistemática.

Por fim, de se observar que o “princípio da responsabilidade”, acolhido pela teoria da culpabilidade no que concerne ao erro de proibição, com fundamento na incumbência de todo cidadão de obter as informações necessárias acerca da licitude de seus comportamentos, não se concilia bem com a concepção psicológica/neutra do dolo, notadamente a direcionada ao erro de tipo (em que se acolhe o “princípio epistêmico”)¹⁴⁴. Mas este é um

137. Ao plano normativo: § 17 do StGB.

138. Ao plano normativo: art. 14, 3, do CP (Ley Organica 10/1995).

139. Ao plano normativo: art. 17 do CP.

140. Ao plano normativo: art. 21 do CP.

141. Sobre o vínculo com o finalismo e o conceito ontológico de dolo, criticamente: ROXIN, 1973, p. 85.

142. WELZEL, 1969, p. 89.

143. STUCKENBERG, 2015, p. 107.

144. Vejam-se: STUCKENBERG, 2015, p. 106; JAKOBS, 2003, p. 954; MARTELETO FILHO, 2022, p. 205 e ss.

problema que persiste até a atualidade, inclusive *de lege lata*, e não indica qualquer vinculação política específica, senão, também, uma contradição sistemática.

7. DAS CRÍTICAS DE WELZEL AO POSITIVISMO E À FILOSOFIA DOS VALORES/ NEOKANTISMO

Na primeira parte de sua conhecida habilitação “*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”, apresentada em 1935, na Universidade de Colônia, Welzel ocupa-se, essencialmente, dos “impulsos” dados pelo positivismo naturalista à dogmática penal, e elege, sobretudo, a obra de V. Liszt como caso-padrão para tal registro e discussão¹⁴⁵.

Como nota central do positivismo, apontava Welzel para o pensamento causal-mecanicista, em que todo evento se submete a uma lei causal-mecânica regular e cega¹⁴⁶. A sociedade consiste no produto, formado ao acaso, de componentes causais. O Estado é rebaixado em um mecanismo do curso natural, sem qualquer ideologia¹⁴⁷. O sistema de Liszt, neste sentido, estaria vinculado ao pensamento mecanicista causal, a partir do qual todas as categorias eram construídas, com rejeição a todo pensamento metafísico ou ideal¹⁴⁸. A ação seria, assim, o produto necessário de seus fatores¹⁴⁹.

Contudo, embora Welzel fosse crítico do positivismo, também era cético quanto ao direito natural, por considerar que seu conteúdo podia ser manipulado e por duvidar de sua capacidade de generalização¹⁵⁰. Neste ponto, as considerações centrais foram sobre o modelo da filosofia dos valores neokantiana, da Escola sub-ocidental¹⁵¹. Para Welzel, o neokantismo, embora tenha combatido o positivismo, não o superou e, notadamente em virtude do cientificismo e do coincidente conceito de realidade, a perspectiva neokantiana tornou-se apenas complementar da positivista¹⁵². A filosofia dos valores – segundo Welzel a interpretava – contrapunha um “mundo valorativo irreal” a um “mundo real do ser”, e o

145. WELZEL, 1975, p. 52. STOPP, 2018, p. 19.

146. WELZEL, 1975, p. 54.

147. WELZEL, 1975, p. 38.

148. A pena como prevenção especial; a vinculação teleológica do Direito Penal, no sentido de neutralização de perigos, seja pela via de privação de liberdade por tempo indeterminado para criminosos habituais; a confusão entre pena e medida de segurança; a policialização do Direito Penal, são todas características do modelo de Liszt e da Escola de Marburgo. Sobre o tema: FRISCH, 1982, p. 565 e ss. A este modelo de Direito Penal, obviamente extremamente útil ao regime nazista, se opunha Welzel já em 1934.

149. Explicativamente: STOPP, 2018, p. 20.

150. WELZEL, 1975, p. 275 e ss.

151. Os principais representantes da Escola eram *Windelband*, *Rickert* e *Lask*.

152. Em virtude do dualismo entre realidade e valor, o neokantismo apenas teria complementado o positivismo, sem superá-lo. WELZEL, 1975, p. 43. Exemplificativo: STOPP, 2018, p. 21.

Welzel criticava esta forma de “rasgar” os dois âmbitos¹⁵³. A tarefa, portanto, é a de explorar os “valores reais”, e de fazer com a que a ciência seja restituída à necessidade da situação histórica, ao invés de se manter vinculada a um mundo de valores irrealis.

Em distinção ao positivismo e ao neokantismo, para Welzel o “ser” não se constitui em nenhum “material caótico”, a ser apenas conformado pela construção conceitual, mas sim, desde o início, traz em si algo como um “ser-verdadeiro”, como fundamento de uma determinada ordem¹⁵⁴. Os conceitos jurídicos, nesse sentido, são descrições de um “ser com sentido” (*sinnhaften Sein*). O ponto de orientação do pensamento consiste na comunidade concreta do povo, com seus valores reais e vivos, que precedem às teorias e os conceitos.¹⁵⁵

Em outras palavras, Welzel era um crítico das duas vertentes pretensamente opostas, e buscou um caminho diverso que permitisse estabelecer limites ao poder do legislador¹⁵⁶. Esse caminho foi o do ontologismo e das estruturas lógico-objetivas, que foram essenciais para o sistema welzeliano¹⁵⁷.

Ao que aqui mais interessa, cumpre aferir se a habilitação (*Naturalismus und Wertphilosophie*) poderia, ou não, ser enquadrada na denominada “literatura de luta” (*Kampfliteratur*), ou seja, como uma produção ideologicamente comprometida com o regime. O tema é, realmente, controvertido.

Heike Stopp identifica alguns pontos que poderiam apoiar uma conclusão no sentido de tal enquadramento. São eles: a) a ideia de comunidade do povo; b) o significado da mistura racial, apontado como um dos possíveis fatores da queda do império Romano; c) o significado das pesquisas eugênicas e raciais para o Direito Penal; e d) as objeções ao “intelectualismo moderno”, cuja prudência/sabedoria científica, econômica e social toma o lugar de todos os vínculos éticos e existenciais de uma comunidade sanguínea¹⁵⁸. Contudo, a autora considera que seria incorreto classificar a obra como pertencente à “literatura de luta”, inclusive porque o próprio nacional-socialismo era impregnado de posições concorrentes no plano da teoria do Direito, e de vertentes filosóficas¹⁵⁹.

153. WELZEL, 1975, p. 101-102.

154. WELZEL, 1975, p. 72. Explicativamente: STOPP, op. cit., p. 22. A autora ressalta que a habilitação foi avaliada de modo controvertido, na medida em que alguns Autores a consideraram impréstatível para o nacional-socialismo, como Adami, e outros louvaram seu caráter inovador, com potencial para o desenvolvimento do pensamento nacional-socialista, como SCHAFFSTEIN, 1935, p. 27-28.

155. WELZEL, 1975, p. 103-104.

156. Veja-se: KUBICIEL, 2015, p. 8-9. Na literatura portuguesa, sobre o tema: DIAS, 2012, p. 244 e ss. E sobre a pretensão de indisponibilidade do ontologismo finalista, em sentido crítico: MOURA, 2015, p. 39, a assinalar que o finalismo nunca conseguiu estabelecer limites rígidos à disponibilidade do conteúdo das regulações jurídicas. Ainda: FRISCH, 2015, p. 224-225. Frisch objeta, especificamente, que o modelo desconsidera as ponderações normativas, essenciais à construção dos conceitos normativos. Op. cit., p. 226.

157. Veja-se: MENDES, 2007, p. 374.

158. STOPP, 2018, p. 23.

159. Idem.

É certo que o pensamento comunitarista, da comunidade do povo como algo essencial, presente no pensamento de *Welzel*, encontra ressonância no nacional-socialismo¹⁶⁰. Contudo, colocar destaque no vínculo do indivíduo à comunidade não identifica, *per se*, o pensamento como nacional-socialista; para isso seria preciso que o indivíduo fosse dissolvido na comunidade do povo, em um total desamparo, o que não se verifica no sistema penal welzeliano, nem mesmo em seus textos iniciais¹⁶¹ (entre 1930-1944).

Apenas a radicalização ou exagero dessas posições é que permitiriam identificar a presença de um pensamento nacional-socialista¹⁶². O “completo comprometimento do indivíduo para a comunidade do povo” registra, de fato, a essência da ideologia nacional-socialista. Conforme aponta *Kubiciel*, essa radicalização não se lê em ponto algum da habilitação de *Welzel*, muito mais focada em uma crítica aos sistemas filosóficos em que se baseou a revolução francesa¹⁶³.

Para concluir: a habilitação possui pretensões dogmáticas e filosóficas, mas não pode se enquadrar na “literatura de luta”¹⁶⁴. Há aspectos potencialmente manuseáveis por regimes autoritários e coincidentes com perspectivas do nacional-socialismo. Contudo, as críticas ao positivismo e ao direito natural, como também à filosofia dos valores, não demonstram a pertença à perspectiva nazi, afigurando-se, antes, de raiz epistêmica, ontológica, antropológica e filosófica, em conexão com o espírito do tempo¹⁶⁵. Nas palavras de *Kubiciel*, a partir da análise das resenhas da época: “se *Welzel* tivesse querido produzir um ‘escrito de luta’, seria preciso julgar sua tentativa como falhada”¹⁶⁶.

8. A ANALOGIA E O NACIONAL-SOCIALISMO

Não é nenhuma novidade que o princípio da legalidade, herança do período ilustrado¹⁶⁷, é uma das colunas fundamentais nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental porque representa anteparo a serviço do cidadão contra a força do Estado. Portanto, parece legítimo cogitar que qualquer construção teórica que coloque em xeque o princípio da legalidade expressa, na sua raiz, no mínimo, um perigoso indício de negação do direito penal

160. Compare-se: STOPP, 2018, p. 25.

161. Veja-se: KUBICIEL, 2015, p. 146 e ss.

162. Corretamente: KUBICIEL, 2015, p. 146.

163. Compare-se: KUBICIEL, 2015, p. 147.

164. Como aqui: STOPP, 2018, p. 29. Neste aspecto, na recensão de *Friedrich Wilhelm Adami*, a obra foi criticada como inútil para o regime nacional-socialista, e por se prender a sistemas filosóficos de raiz liberal. Sobre isso: KUBICIEL, 2015, p. 147.

165. KUBICIEL, 2015, p. 143.

166. KUBICIEL, 2015, p. 147.

167. WELZEL, 1944, p. 16. Sobre o alcance dessa afirmação, cf. VIANA, 2022, p. 96 e ss.

de tradição liberal¹⁶⁸. Já de saída, é perfeitamente possível afirmar que essa consideração somente pode, em regra, ser admitida. Dissemos em regra, porque, e isso parece-nos bastante evidente, em situações de ruptura, como é a que analisamos, o princípio da legalidade pouco tem a ver com a ascensão do arbítrio: talvez seja um sintoma, mas não a sua causa. Esse breve alerta – que está mais no campo de uma teoria do Estado que dogmático – serve apenas como sinal de que argumentar cientificamente exige muito mais que apenas seguir intuições.

De um modo geral, afirma-se que esse princípio está atendido desde que preenchido quatro condições: primeiro, apenas há punição por meio de lei escrita; dois, a lei precisa ser claramente formulada; três, está vedada a aplicação retroativa da lei penal; e quatro, finalmente, o direito penal não admite a analogia em desfavor do cidadão¹⁶⁹. Antes de ingressar precisamente na acusação que liga, por meio do princípio da legalidade, Welzel ao nacional-socialismo, parece-nos importante mencionar brevemente a estrutura da analogia no direito penal¹⁷⁰. Poder-se-ia objetar a essa breve menção levantando o argumento segundo o qual a estrutura da analogia já é suficientemente conhecida, e isso tornaria essa seção desnecessária metodologicamente. Essa objeção, entretanto, não tem força teórica. Há ao menos duas razões para isso: 1) o fato de determinado tema apresentar relativa estabilidade científica não significa que ele não pode ser (re)discutido; e 2) uma das missões do jurista é, sempre, refletir sobre se o manejo de determinada estrutura conceitual está adequado; quando é afirmado que dentro dessa estrutura haveria um indício de conexão com o desastre humano implementado pela política nazista¹⁷¹, então, a realização daquela missão se mostra ainda mais fundamental.

Entre nós, pouco se diz sobre a analogia, mas há presunção de que muito se sabe. Nesse capítulo da legalidade, é bastante comum a afirmação segundo a qual a analogia em favor do autor é sempre bem-vinda e a analogia *in malam partem* sempre inadmitida. Mas essa afirmação, além de questionável¹⁷², não diz absolutamente nada sobre o conteúdo da analogia,

168. Referindo-se a isso, de modo apodíctico, BUSATO, 2021, p. 431.

169. Sobre esses cânones, detalhadamente, ROXIN; GRECO, 2020, p. 221 e ss.; VIANA, 2022, p. 96 e ss.

170. Não custa lembrar que há um significativo número de autores, a maioria desses festejados pela literatura científica, que sustenta, basicamente, o caráter análogo de toda interpretação, razão pela qual a analogia não estaria proibida. Cf. KAUFMANN, 1968; SAX, 1953. Para outra compreensão da analogia, HASSEMER, 1968, p. 165.

171. Para ficar em um único exemplo, não muito distante temporalmente, basta recordar a aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470. Sobre isso, cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). In: ZIS, n. 7-8, p. 386-393, 2015.

172. Um bom exemplo da discussão seria a admissibilidade das restrições ético-sociais na legítima defesa (art. 25, CP). Nesse ponto os autores do presente artigo divergem: o primeiro já ressaltou a incompatibilidade com o princípio da legalidade: MOURA, Bruno; MARTELETO FILHO, Wagner. Restrições ético-sociais na legítima defesa, na legítima defesa putativa e no erro. *Revista de Estudos Criminais*,

afinal, o verdadeiro problema está em saber identificar quando estamos diante de uma analogia. Seja no âmbito da dogmática constitucional, teoria do direito ou mesmo direito penal, diz-se que a analogia é a transposição de uma lei a um caso concreto não regulado¹⁷³. Se consideramos, como deve ser, que todo tipo penal contém elementares que necessitam, em maior ou menor medida, de interpretação, então, já é possível perceber o vazio daquela afirmação. Ignora-se, igualmente, e talvez essa seja uma omissão mais grave, a posição de parcela da literatura segundo a qual a interpretação análoga atenderia as exigências do princípio da legalidade¹⁷⁴. Colocando a questão dentro da realidade: a simples proclamação de que analogia é a transplantação de uma lei para um caso não regulado é uma tautologia e, expressa, para o cidadão, um salto no escuro, afinal, permanece indefinida a questão sobre quando o juiz efetivamente atravessa os domínios da interpretação em direção ao domínio da analogia. Com efeito, a exigência, que decorre do princípio da legalidade (mandado de determinação¹⁷⁵), de obrigar o legislador a criar a lei penal da forma mais determinada possível seria absolutamente ineficaz se o aplicador do direito não fosse obrigado a se manter nas raias estritas do tipo penal. A determinação do tipo e a vedação à analogia, portanto, caminham lado a lado. Mas em que consiste o procedimento analógico? No espaço do qual dispomos tentaremos responder brevemente a essa pergunta.

Como antecipamos de modo aproximativo, a analogia (*in malam partem*) expressa um procedimento por meio do qual o juiz aplica uma lei penal a casos similares, e por isso mesmo diferentes, em prejuízo do autor do fato. Por isso se diz, usualmente, que a conclusão por analogia é uma conclusão do “particular para o particular”¹⁷⁶. Para ficar em um exemplo histórico, quando a energia elétrica surgiu e algumas pessoas passaram a desviá-la, era impossível punir esse comportamento, pois a energia elétrica não é um objeto corpóreo, isto é, uma coisa móvel no sentido do furto. Por isso, na Alemanha, foi necessário editar lei para incluir o furto de energia elétrica (§ 248c, StGB)¹⁷⁷. Caso fosse admitida a punição do furto de energia elétrica antes da intervenção legislativa, então, a rigor, o juiz estaria criando uma norma a partir de um preceito legal. Em outras palavras: com a analogia falta a identidade conceitual entre a norma e o novo desenvolvimento da norma¹⁷⁸.

É claro que afirmar essa assimetria entre a norma e o novo desenvolvimento da norma também não é de muita serventia para o controle da força do Estado porque ainda permanecerá em aberto a questão sobre quando há, ou não, essa identidade normativa. No âmbito do

n. 81, 2021. p. 232. O segundo tentou demonstrar a sua compatibilidade *lege lata*: VIANA, Eduardo. Proibição de analogia e restrições ético-sociais na legítima. In: GLIOCHE, Patrícia; FRAGOSO, Christiano; CÂMARA, Jorge (Coord.). *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 377 e ss.

173. SCHÖNKE; SCHRÖDER; LENCKNER/HECKER, StGB, 2019, § 1, Rn. 25.

174. Cf. NICOLINI, 1953.

175. Cf. VIANA, 2022, p. 96-125.

176. ENGISCH, 2018, p. 204.

177. A lei penal brasileira equipara energia elétrica a coisa móvel, art. 155, § 3º, CP.

178. BAUMANN; WEBER; MITSCH; EISELE, 2016, p. 138.

direito penal é majoritariamente sustentado, na doutrina e na jurisprudência, que a identidade normativa deve ser obtida por meio do *sentido literal possível*, que é o critério que fixa a fronteira entre a interpretação e a analogia¹⁷⁹. Isso possivelmente causará alguma desconfiança dos nossos leitores, pois, se é verdade que a interpretação do texto começa com a investigação gramatical das palavras, sobremaneira relevante nas expressões unidimensionais¹⁸⁰ (e quase que exclusivamente restrita a numerais, ex.: mediante duas ou mais pessoas, art. 155, § 4º, IV, CP; três ou mais pessoas, art. 288, CP), não é menos verdadeiro que na maioria das palavras a interpretação se converterá em tarefa extremamente difícil. A próxima questão que surge aqui, então, seria como proceder para resolver o problema da polissemia conceitual sem cair em uma analogia incriminadora. Mas esse não é, propriamente, o nosso problema.

Conhecido modo como opera a analogia, a questão que toca a este artigo está em investigar as raízes autoritárias que vinculam Welzel ao nacional-socialismo em razão da defesa da analogia.

De saída seria possível levantar um primeiro argumento, de natureza temporal, que, por si só, no mínimo, dificultaria essa conexão entre Welzel e a ascensão do nacional-socialismo. No período que compreende a publicação da primeira e da terceira edição do seu “Direito Penal alemão” (1940-1944), o nacional-socialismo estava em seu apogeu, isso – ao menos como argumento de saída – torna pouco coerente sustentar que o seu manual tenha tido alguma relevância para a implementação das atrocidades implementadas pela política nazista. Isso nos autoriza, no mínimo, a colocar em xeque a tentativa de recrutar a analogia como parte integrante de uma teoria *welziana* facilitadora da política nazista. Mas apenas esse contra-argumento temporal seria insuficiente diante da grave afirmação de conexão atribuída ao professor alemão. É preciso verificar, do ponto de vista do conteúdo, se – ainda assim – a defesa da analogia por parte de Welzel escancara o seu traço nazista.

Até 1935, o velho Código Penal do Reich, na redação do § 2, apenas previa que: “uma ação somente poderia ser punida quando estivesse, com anterioridade, legalmente determinada”. Com a ascensão do nazismo, houve uma significativa alteração desse dispositivo. Alterado em 28 de junho de 1935¹⁸¹, a posterior redação dizia “Será sancionado aquele que realiza um fato punido pela lei ou que mereça sanção de acordo com os princípios fundamentais de uma lei penal e do seu sentimento do povo”¹⁸². O CP alemão, portanto, estabele-

179. Cf. ulteriores referências em VIANA, 2022, nota de rodapé n. 57. Naturalmente há significativos autores que se opõe à sugestão teórica abraçada nesse trabalho. Por exemplo: JAKOBS, 1972, A 4, Rn. 37; MÜLLER/CHRISTENSEN, 2012, p. 506-507, Rn. 526; SCHMIDHÄUSER, 1975, § 5, Rn. 40-43, p. 110-112. Em língua portuguesa, NEVES, 1984, p. 410 e ss.

180. Expressão de FITTING, 2016, p. 37.

181. O § 2 do StGB, conforme a redação de 28 de junho de 1935, “Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient”.

182. Sobre as alterações processuais paralelas, cf. FITTING, 2016, p. 62.

lecia uma espécie de punibilidade em dois níveis: primeiro, punição apenas com base na lei; segundo, não havendo lei, mas se o injusto for considerado uma violação ao “são sentimento”, então também permanecia aberta a possibilidade de punição. O legislador naquele momento, portanto, reconheceu uma espécie de fonte popular do direito penal distinta da lei. E a diretriz interpretativa que dominava a atmosfera do período, diz-nos Jimenez de Asúa, era a seguinte:

“Las leyes penales deben ser interpretadas conforme a su espíritu y a su finalidad. Éstos deben ser ilustrados a base de las manifestaciones del Führer, del sano sentimiento del pueblo y de los pensamientos jurídicos que constituyen la base de las leyes.”¹⁸³

Nesse sentido, a nova lei aparentemente não somente permitia o ajuste dos atores da justiça criminal à nova lei, senão que apresentava uma nova visão de mundo que surge, justamente, com o autoritarismo. E nesse sentido, como adverte Fitting, o componente central foi a focalização do direito penal para a proteção do Estado e da comunidade (*Volksgemeinschaft*)¹⁸⁴. E, ao menos em tese, era por meio da reforma do direito positivo (ou a sua supressão) que àquele momento acreditava-se ser o caminho adequado para pavimentar e acelerar o processo de reorientação.

Veja-se que aqui se põe uma essencial questão, discutida no âmbito da filosofia jurídica e da dogmática penal, sobre a validade do direito. Observe que o § 2, tão inadmissível como hoje nos parece, era o direito vigente à época, isto é, era renovação, integrável sem dificuldades na cultura alemã¹⁸⁵. Recorde-se, nesse mesmo âmbito, a extraordinária discussão que se colocou em relação à “superação do passado por meio do direito penal”, tanto em relação às atrocidades realizadas pelo nacional-socialismo como os crimes praticados pelo SED (Partido Socialista Unificado da Alemanha) na antiga Alemanha oriental.

Aqui vale realizar um pequeno parêntese. Na literatura não está claro os significados dos elementos “pensamento fundamental da lei penal” e “são sentimento”¹⁸⁶. Se é assim, seria possível levantar um argumento metodológico sobre a efetiva relevância prática desse dispositivo, pois, se não se sabe ao certo o que significam esses termos, então, os juízes, objetivamente, não poderiam concretizá-los. Formulando de outra maneira: “a liberdade do

183. JIMENEZ DE ASÚA, 1958, p. 135.

184. FITTING, 2016, p. 59.

185. Sobre isso, cf. SCHÜNEMANN, 2012, p. 251 e ss. (a versão em português será publicada em breve: Schünemann, Bernd. *Para uma crítica à fórmula de Radbruch* – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado; trad. Eduardo Viana); SCHÜNEMANN, Bernd. *Verfassungsrechtliche Probleme der strafrechtlichen Aufarbeitung*, em: Deutscher Bundestag (Hrsg.). *Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“*. Band II/2, Frankfurt/M 1999. p. 1304.

186. Sobre isso, cf. FITTING, op. cit., p. 63 e ss.

próprio juiz preencher o termo não resultaria na unidade jurídica que o nacional-socialista tinha em mente”¹⁸⁷ (vide a seguir). Voltemos à linha discursiva central.

Poder-se-ia argumentar, é verdade, que essa era uma legislação injusta e, portanto, os cientistas deveriam objetá-la: o parágrafo canalha, de Beling. Acontece que o julgamento sobre o justo e o injusto está sendo realizado com as atuais reservas de sentido e após as inomináveis atrocidades praticadas pelo regime *hitlerista*. Talvez por isso, não espante o fato de que, desde o ponto de vista científico, aquela defesa da abertura do direito penal foi bem recebida por boa parte da comunidade científica¹⁸⁸. Havia mesmo, segundo a literatura, quem defendesse que o princípio já havia dado adeus à sua áurea de intocável, uma vez que teria sido amplamente abandonada pela jurisprudência do período de Weimar, razão pela qual a admissão da analogia posterior visava apenas remover “os últimos obstáculos” para dar maior liberdade ao juiz¹⁸⁹. A reação legal a essa atmosfera foi justamente a reforma plasmada em 1935.

Welzel reconhece o emprego da analogia desde a primeira edição¹⁹⁰ do manual¹⁹¹. Naquele momento, seguramente influenciado pela atmosfera que descrevemos, não levantou oposição à analogia. Entretanto, não é possível sustentar, sequer, que ele defendia o emprego amplo e irrestrito da analogia, e há ao menos duas razões para isso.

Primeiro porque, desde a primeira edição do seu manual, fazia, expressamente, restrições ao emprego da analogia. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem:

“O pensamento fundamental de uma lei penal sempre será necessário e de acordo com ele o crime precisa ser merecedor de pena. Portanto, a punição baseada no são sentimento do povo é inadmissível quando a lei deliberadamente limita a responsabilidade criminal a determinador casos [...]. Assim é o pensamento fundamental do § 175 StGB, que limita a sua aplicação a homens, bem como os limites de idade fixados, por exemplo, no § 182 StGB, não podem ser ampliados pela analogia.”¹⁹²

187. Sobre a admissibilidade, ou não, desses argumentos, FITTING, op. cit., p. 63.

188. “[...] porque a insatisfação com a prática jurídico-penal realizada até então era grande”. FITTING, 2016, p. 59.

189. FITTING, 2016, p. 61.

190. Com a afirmação imprecisa, Busato: “[...] na edição de 1944 defendeu abertamente o emprego de analogia em caráter incriminador”, em: BUSATO, 2021, p. 431.

191. WELZEL, 1940, p. 14-15.

192. No original: “Stets ist der Grundgedanke eines Strafgesetzes erforderlich, und auch nach ihm muss die Tat strafbedürftig sein. Darum ist die Bestrafung aus gesundem Volksempfinden unzulässig, wo das Gesetz die Strafbarkeit bewusst auf bestimmte Fälle einschränkt [...]. So ist der Grundgedanke des § 175 auf Männer beschränkt; ebenso können fest Altersgrenze (z.B in § 182), nicht analog ausgedehnt werden”. WELZEL, 1940, p. 16-17 (na segunda edição, de 1943, na p. 20; na terceira edição, de 1944, na p. 23).

Não é necessário fineza intelectual para perceber o claro esforço de Welzel, não obstante a redação do § 2, para tentar conter a atividade criativa dos juízes. De alguma maneira, com essa redução, talvez derivada da famosa máxima *singularia non sunt extendenda*, Welzel está tentando submeter um sistema legal, que admitia a analogia, ao princípio da legalidade. O que se argumenta com aquela passagem é que se a interpretação de um termo já não está acobertada pelo direito quando ela ultrapassa a fronteira no sentido literal possível, então, quando a criminalização for expressamente vedada pelo tipo, já não pode haver punição. Formulando o parágrafo de Welzel de outra maneira: preceitos excepcionais nunca podem ser ampliados, razão pela qual nenhuma concepção de “são sentimento” será capaz de perverter o sentido literal possível do termo “homem” no § 175 StGB. Com isso está claramente estabelecida a superioridade hierárquica da lei em relação à problemática cláusula de abertura.

Mas não somente isso. A segunda razão é que Welzel, na segunda edição do seu manual, que é de 1943, expressamente sustentou que a analogia a favor do indivíduo já era admitida antes da reforma de 1935 e, mesmo com a reforma, essa admissibilidade permaneceu intacta¹⁹³.

Por tudo isso, parece-nos no mínimo academicamente arbitrário, afirmar, de modo pe-reemptório, que Welzel era parte integrante da infame cultura de extermínio implementada na Alemanha pós-Primeira Guerra. É verdade que a Alemanha tem numerosos exemplos de juristas que defenderam a analogia por *razões políticas*, como é o caso de Freisler, Schaffstein e – acima de tudo – Mezger¹⁹⁴. Entretanto, em Welzel, e pelo que expomos, não há elementos para afirmar que houve a defesa da analogia como instrumento de perversão política do direito penal.

Resta um último contra-argumento empírico. Em verdade, como parcela da literatura também, a prática não logrou fazer o uso que desejam nem da analogia nem do “são sentimento” do povo¹⁹⁵. Com efeito, fazendo um exame do uso da analogia pela jurisprudência, Jimenez de Asúa destaca a controvérsia e a opinião segundo a qual a *práxis* apenas parcamente recorreu à analogia¹⁹⁶; isso também é remarcado por outros autores, os quais afirmam que a jurisprudência aplicou o parágrafo com muito cuidado¹⁹⁷. Textualmente: “em inúmeras decisões, os juízes indeferiram pedido correspondente com base no § 2º sob o argumento de que a ideia fundamental do tipo não abrangia o comportamento em consideração”¹⁹⁸. Sem entrar no mérito sobre a correção, ou não, dessa afirmação, abre-se aqui

193. WELZEL, 1943, p. 21.

194. Para essas e outras referências, cf. FITTING, 2016, p. 58, nota de rodapé n. 220. Como destaca Fitting, não é nenhuma surpresa que tantos autores tenham se manifestado a favor da analogia, tendo em via a reorientação de toda a justiça criminal após a ascensão de Hitler.

195. JIMENEZ DE ASÚA, 1958, p. 136.

196. Idem.

197. Com farta referência bibliográfica, FITTING, 2016, p. 65, nota de rodapé n. 261.

198. Com referência a diversos julgados, FITTING, 2016, p. 66, nota de rodapé n. 262.

mais uma razão empírica para, no mínimo, colocar em dúvida a acusação levantada contra Welzel.

Finalmente, parece prudente retomar a advertência inicial desta seção: a proibição da analogia não garante a existência de um Estado de Direito. Como adverte a literatura, o direito penal fascista na Itália consagrava o princípio da legalidade, o mesmo ocorrendo com a legislação espanhola posterior à guerra civil¹⁹⁹. Ao fim e ao cabo, parece-nos que a aliança entre a teoria da lei penal em Welzel e o regime nazista é dogmaticamente insustentável e historicamente ingênua.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exame de todos os argumentos e contra-argumentos a favor de uma possível vinculação, ou não, de Welzel com a infâmia, humana e jurídica, realizada durante o período da Segunda Guerra, parece-nos que não é possível concluir positivamente, em especial, pela ausência de elementos acadêmicos que demonstrem, para além de uma dúvida razoável, a contribuição científica de Hans Welzel para o regime hitlerista.

Nossas conclusões são, portanto, as seguintes:

1. A teoria da ação final, situada no âmbito das teorias intencionais-causais, e com base essencialmente ontológica, não conduz a qualquer compreensão autoritária do sistema penal. Ainda que a ação final não cumpra um papel suficiente de filtragem valorativa, não se identifica, na categoria, um instrumento adrede concebido para finalidades político-ideológicas.

2. As críticas de Welzel à teoria do bem jurídico encontram ressonância em boa parte da literatura contemporânea e não desvelam – embora não amigáveis à vinculação com a proteção de direitos individuais – um caráter fascista ou autoritário. Compreender a missão do Direito Penal, primariamente, como proteção da norma é algo presente na concepção preventiva geral positiva, atualmente preponderante, e nas contemporâneas perspectivas retributivas de perfil comunicativo.

3. As objeções de Welzel ao positivismo (nos sentidos filosófico e jurídico), à filosofia dos valores e ao pensamento do direito natural indicam uma tentativa de limitação do poder estatal, pela via das categorias lógico-reais, de um lado, e um afastamento do pensamento causal-mecanicista, de outro. No que toca especificamente ao nacional-socialismo, o que se verifica é, ao contrário, uma aproximação ao positivismo jurídico, em face de sua contingência valorativa.

4. A adequação social, em que pese sua fluidez conceitual e os riscos inerentes a tal fluidez, não se identifica com uma categoria concebida para atender aos interesses específicos do regime nacional-socialista. Reconhece-se, inclusive, que tal categoria ainda cumpre papel de relevo na dogmática contemporânea, seja para fins de filtrar aspectos que

199. BACIGALUPO, 1999, p. 93.

devem se manter fora do tipo, seja para fins de delinear os contornos do risco permitido, ao plano da imputação objetiva.

5. O desenvolvimento da teoria da culpabilidade, por sua vez, estabeleceu as bases atuais da teoria do crime, notadamente no que toca ao esvaziamento valorativo do dolo (como *dolus malus* nas teorias do dolo) e à inserção da categoria da potencial consciência da ilicitude. Ainda que a teoria da culpabilidade tenha, por sua maleabilidade, permitido a instrumentalização para absolvições de criminosos do regime por delitos graves, disso não se pode extrair que sua concepção se deu com tal objetivo; e

6. Finalmente, a análise da analogia *in malam partem* e a legalidade estrita (supra 8) demonstraram não haver espaço para que se estabeleça um argumento a favor da relação entre a posição teórica de Welzel e o nacional-socialismo. Essa conexão, à luz da legalidade, é insustentável histórica e dogmaticamente.

10. REFERÊNCIAS

- ALBERTO DONNA, Edgardo. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo e al nacional-socialismo. In: Hirsch, Hans Joachim (Org.). *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- AMBOS, Kai. *Nationalsozialistisches Strafrechts*. Kontinuität und Radikalisierung. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens. Frankfurt: Athenaum, 1978.
- ANSCOMBE, Elizabeth. *Intention*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- AUSBERG, Igo. Materiale Wertethik und Strafrechtsdogmatik: Zum Einfluß der Lehren Max Schelers und Nicolai Hartmanns auf die deutsche Strafrechtswissenschaft. *ARSP* 89, 1, p. 53-74, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 12 Aufl. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: Normen und Strafgesetze*. Bd. II. 3. Aufl. Engelmann, 1916.
- BINDING, Karl; *Grundriss des deutschen strafrechts allgemeiner Teil*. Leipzig: Felix Meiner, 1913.

- BURKHARDT, Björn. Welzels finale Handlungslehre und die philosophische Handlungstheorie. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 21-48.
- BUSATO, Paulo Cesar. A reforma penal de 1984 e o autoritarismo próprio do finalismo. In: BUSATO, Paulo César; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Curitiba: GEDAI, 2021. v. 1. p. 409-439.
- DAHM, Georg. Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. *ZStW* 57, p. 225-294, 1938.
- DIAS, Augusto Silva. «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 12 Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2018.
- FEUERBACH, Anselm v. Ritter. *Lehrbuch des gemeinen in deutschland geltigen peinlichen rechts*. 11. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1832.
- FITTING, Christoph. *Analogieverbot und Kontinuität*. Entwicklungslinien des strafrechtlichen Analogieverbots seit 1871. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.
- FLETCHER, Georg. *Rethinking criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FODOR, Jerry. Making mind matter more. *Philosophical Topics* 17, 11, p. 59-75, 1989.
- FREUND, Georg. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Personale Straftatlehre. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2009.
- FRISCH, Wolfgang. Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 94, n. 3, p. 565-598, 1982.
- FRISCH, Wolfgang. Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 217-256.
- FRISTER, Helmut. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. München: C.H. Beck, 2015.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 5. ed. Madrid: Ramón Areces, 2005. v. II.
- GLÄSER, Pascal. *Zurechnung bei Thomas von Aquin*. Eine historisch-systematische Untersuchung mit Bezug auf das aktuelle deutsche Strafrecht. München: Karl Alber, 2005.
- GRAF zu DOHNA, Alexander. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Ludwig Röhrscheid, 1936.
- GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5 Aufl. Berlin: Beck, 2020. b. I.

- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.
- HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus*. Köhl; München: Carl Heymanns Verlag, 1968.
- HIRSCH, Oscar v. *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*. *ZStW*, 116, p. 1-14, 2004.
- HIRSCH, Oscar V. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II). *ZStW*, 94, p. 239-278, 1982.
- JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. Kleine Studie. München: Beck, 1992.
- JAKOBS, Günther. Handlungsteuerung und Antriebsteuerung – Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff. In: AMELUNG, Knut et al. (Hrsg.). *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 949-958.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg: Carl Winter, 1961.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogie und "Natur der Sache"*: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Hamburg: Müller, 1968.
- KINDHÄUSER, Urs. Zum Strafrechtlichen Handlungsbegriff. In: PAEFFGEN, Ulrich Hans et al. (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, p. 39-91.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. *Systematischer Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positive Gesetzgebung. Erster Theil*. 3. Aufl. Erlangen: Palm, 1805.
- KNAUER, Florian. Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft? *ZStW* 126(4): 844–886, 2014.
- KUBICIEL, Michael. "Welzel und die Anderen". Positionen und Positionierung Welzels vor 1945. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 135-156.
- KÜPPER, Georg. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- LOOS, Fritz, Hans Welzel (1904–1977). *JZ* 22, 1115-1119, 2004.
- MATUS ACUNA, Jean Pierre. Nacionalismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel. *ZIS*, 12, p. 622-628, 2014.
- MARTELETO FILHO, Wagner. Die Normativierung des Vorsatzes Zwischen epistemischem Prinzip und Verantwortungsprinzip. *ZFisStW*, 2, p. 201-210, 2022.

- MENDES, Paulo de Sousa. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MEZGER, Edmund. *Strafrecht: ein Lehrbuch*. 3 Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.
- MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra, ano 30, n. 2, p. 265-295, maio-agosto 2020.
- MOURA, Bruno de Oliveira. *Illicitude penal e justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015.
- MOURA, Bruno; MARTELETO FILHO, Wagner. *Revista de Estudos Criminais*, n. 81, p. 225-254, 2021.
- NEUMANN, Ulfried. Welzels Einfluss auf Strafrechtsdogmatik und Rechtsprechung. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 157-178.
- NEVES, Antonio Castanheira. O princípio da legalidade criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, p. 307-469, 1984.
- NICOLINI, Ugo. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane, Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*. 2. ed. Padova, 1955.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.
- PAWLIK, Michael. Die Aufgabe des Strafrechts und die legitimation von Strafe bei Welzel. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 49-68.
- POLITOFF, Sergio. Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho. In: *Nuevo Foro Penal*, n. 45, p. 313-327, 1989.
- PORTMANN, Adolf. *Zoologie und das neue Bild des Menschen: biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen*. Hamburg: Rowohlt, 1956.
- ROXIN, Claus. Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention, und Verantwortlichkeit im Strafrecht. In: KAUFMANN, Arthur et al. (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: Beck, 1979. p. 279-309.
- ROXIN, Claus. *Strafrechtliche Grundlagentheorien*. Berlin: De Gruyter, 1973.
- SAX, Walter. *Das Strafrechtliche, analogieverbot: eine methodologische untersuchung über die grenze der auslegung im geltenden deutschen strafrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1953.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, Das Verbrechen als Pflichtverletzung. In: LARENZ, Karl et al. (Hrsg.). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlin: Junker & Dünhaupt, 1935. p. 108-142.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Kritik der sogenannten Radbruchschen Formel - Notizen zu einem kultur- und kommunikationsbezogenen Rechtsbegriff. In:

- PRAWA, Panstwo; e KARNE, Prawo. *Jubiläumsschrift für Professor Andrzej Zoll*. Warschau/Polen: Wolters Kluwer, 2012. band II. p. 251-263.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev; SCHUSTER, Frank. *Scönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. Aufl. München: C.H. Beck, 2014.
- STICHT, Oliver. *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977)*. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2000.
- STOPP, Heike, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*. Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit. München: Mohr Siebeck, 2018.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1975.
- STUCKENBERG-Carl Friedrich. Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre. In: FRISCH, WOLFGANG et al. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 87-110 (Versão em português em STUCKENBERG-Carl Friedrich. Dolo, consciência da ilicitude e teoria do erro. Trad. Wagner Marteleto Filho. In: CEOLIN, Guilherme Francisco. MINORELLI, Lucas (Org.). *Reflexões sobre o direito penal e o processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 45-85).
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. Prevenção – culpa e pena. Uma concepção preventivo – ética do direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Org.). *Lieber Disciplinorum Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 317-329.
- VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. *Revista Científica do CPJM*, [S. l.], v. 1, n. 02, p. 96-125, 2022. Disponível em: [\[rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36\]](http://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36). Acesso em: 10.01.2023.
- VIVES-ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- VOGEL, Joachim. Einflüsse des Nationalsozialismus auf der Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 115, n. 3, p. 638-670, 2003.
- WELZEL, Hans. Kausalität und Handlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 51, p. 703-720, 1931.
- WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, Boston: De Gruyter, 1975.
- WELZEL, Hans. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1953.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, 58, 491-565, 1939.
- WELZEL, Hans. Anmerkung zu BGHSt 2, 194. *JZ* 1952.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1969.
- WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*. 4 Aufl. Göttingen: Verlag Otto Schawartz, 1961.

- WELZEL, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. 2 Aufl. Berlin: de Gruyter, 1943.
- WELZEL, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Berlin: de Gruyter, 1940.
- WELZEL, Hans. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns. *SJZ*, 7, 367-372, 1948.
- WELZEL, Hans. *Um die finale Handlungslehre*. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kriterien. Mohr, 1949.
- WELZEL, Hans. Über die Ehre von Gemeinschaften. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 57, no. Jahresband, p. 28-52, 1938.
- WRIGHT, V. *Explanation and understanding*. New York: Routledge, 2012.
- ZIPE, Heinz. Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 82, n. 3, p. 633-654, 1970.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia; Fundamentos do direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 163/61-104;
- O funcionalismo penal como continuação dos “percursos” da identidade da teoria do delito, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 139/15-38;
- Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 131/223-247; e
- Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Simone de Sá Rosa Figueirêdo e José Mário Ramos Correia de Araújo – *RBCCrim* 197/155-184.