

de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal *a todos por igual* (**Bustos Ramírez**). Este potencial de los substratos colectivos los hace “funcionales” para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a éstos utilidades con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan* (**Hefendehl, Bustos Ramírez**). Por esto, es cierto que no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, pero esto no puede impedir que la adquieran en razón de *esa* funcionalidad específica. **Aristóteles** distinguió entre bienes *en sí* y los que lo son en razón de las prestaciones y utilidades que proporcionan a aquéllos. Bienes *en sí* son las cosas a las que se aspira por sí mismas, pero también son bienes aquéllas otras “*cosas que producen bienes (en sí), que contribuyen a conservarlos de cualquier manera que sea, o que previenen lo que les es contrario y los destruye*”. Según esto, los bienes jurídicos colectivos tienen que desempeñar una doble función (**Gracia Martín**). Una *negativa* – ligada al principio *neminem laedere* – de prestación de *seguridad* y, con ello, de garantía de *conservación* para los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos; y otra *positiva* – ligada a la procura existencial – de *promoción* y, con ello, de garantía de *desarrollo* y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporciona *a todos por igual* las mayores posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados. En todo caso, la función *esencial* de los bienes jurídicos colectivos es la

positiva; esta por sí misma justifica ya el reconocimiento de sus substratos materiales como bienes del Derecho y su protección jurídica autónoma, es decir, con total independencia de los efectos lesivos que puedan tener las lesiones de los mismos para los bienes jurídicos individuales complementados por ellos. La lesión de bienes jurídicos colectivos da lugar por sí misma a un menoscabo de las posibilidades de uso y disfrute de sus bienes jurídicos individuales para masas de individuos, y con esto a una *devaluación* de estos (**Kindhäuser**), que si bien no supone una lesión ni un peligro concreto en sentido estricto de los mismos, sí constituye un estado de lesividad social. Los tipos penales contra bienes jurídicos de la economía, no son tipo de peligro abstracto o presunto para bienes jurídicos individuales, sino tipos de lesión o peligro para bienes jurídicos colectivos.

6. El moderno Derecho penal económico, de ningún modo puede ser tachado de ilegítimo porque sus tipos delictivos no tengan como contenido lesiones y peligros para *bienes jurídicos*, como supone y afirma equivocadamente el discurso de resistencia. Cuestiones diferentes de esta son las relativas a si lo subyacente en algunos tipos penales económicos son solo bienes jurídicos colectivos *aparentes* (**Schünemann**), y a si aunque sean auténticos bienes jurídicos colectivos, la reacción con una pena criminal ante su lesión o peligro es conforme con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. Pero de estas cuestiones, que son idénticas a las que se plantean en los sectores del Derecho penal tradicional, no puedo ocuparme en este espacio reducido ni siquiera de modo sucinto.

Luis Gracia Martín
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Zaragoza.

De volta ao Direito Penal do autor nacional-socialista?⁽¹⁾

Kai Ambos

A bancada do Partido Alternativo para a Alemanha (AfD) no Parlamento alemão apresentou um “Projeto de Lei para o Aumento da Punição no caso de Reincidência” (Drs. 19/6371). O Projeto de Lei pretende combater o problema da reincidência através do aumento da punição, para aqueles casos em que o autor, após o cometimento de “pelo menos” dois delitos, para os quais é cominada pena privativa de liberdade de no mínimo três meses, cometer um novo delito, porque, desse modo, ele terá demonstrado que “*as condenações anteriores não lhe serviram de advertência*” (§ 48, al. 1 do Projeto). De fato, recorrendo-se à regra “*Three strikes and you are out*”, realiza-se um aumento expressivo das penas mínimas (conforme o § 48, al. 3, até o máximo de 10 anos!), e sem que isso seja fundamentado de forma plausível, como se desse modo pudesse ser alcançado o

fim esperado – a redução da reincidência.

Na verdade, o Projeto não aplica bem a estatística relativa à taxa de reincidência, quando afirma na página 2 que: “*Com o... agravamento das sanções não se reduz a taxa de reincidência, senão a aumenta drasticamente*”. Isso está correto inclusive quando se faz uma comparação entre as espécies de sanções: penas privativas de liberdade sem livramento condicional possuem a mais alta cota dentro da taxa de reincidência. Entretanto, quando se observa a *duração* das sanções, esse quadro resulta diferente, porque as taxas de reincidência nos casos de penas privativas de liberdade que ultrapassam mais de dois anos e, sobretudo, mais de cinco anos, são claramente mais baixas do que as das penas privativas de liberdade mais curtas.⁽²⁾

Seja como for, se o redator do Projeto partir de que com o aumento da gravidade da sanção ocorre um aumento da taxa de reincidência, é, então, absolutamente contraditório exigir penas mais altas para a diminuição da reincidência. Além disso, hoje é reconhecido, de modo geral, na criminologia empírica, que a melhor forma de dissuasão não é alcançada por meio da imposição de penas mais severas, senão por meio da maior probabilidade da descoberta e da consequente punição. Contribui, sobretudo, se as pessoas inclinadas ao fato puderem calcular melhor essa probabilidade. Taxas de reincidência mais baixas no caso de penas mais altas podem ter inclusive outros motivos; assim, no sistema jurídico-penal alemão, penas privativas de liberdade mais curtas são impostas somente no caso de pessoas com um prognóstico negativo de demonstração da eficácia legal (*Legalbewährungsprognose*), enquanto que penas longas, diferentemente, são impostas em virtude da gravidade do fato e justamente em relação a pessoas com bom prognóstico. As coisas, portanto, são mais complicadas do que sugere o Projeto.

Além desses defeitos substanciais, merece maior atenção a linguagem do projeto. Isso porque ela manifesta o espírito do Direito Penal nacional-socialista. Em primeiro lugar, o Projeto, como já assinalou corretamente **Thomas Fischer** na *Spiegel Online*,⁽³⁾ resgata a ideia fundamental da Lei dos Criminosos Habituais, do Nacional-Socialismo, de 1933; e a esse respeito não se pode deixar passar, entretanto, o fato de que foi o Programa de Marburgo, de **Franz von Liszt**, de 1833, que preparou o solo para isso, com a exigência de “neutralização” dos criminosos incorrigíveis. O Projeto de Lei da AfD é um exemplo de continuidade (retrograda) do Direito Penal Nacional-Socialista.⁽⁴⁾ O verdadeiro escândalo consiste em que ele torna admissível o uso de terminologias nazistas (“expressões banidas”) e seus conteúdos político-criminais correspondentes, tais como: “regras da comunidade”, “criminosos habituais particularmente nocivos à sociedade”, “encarceramento”, “tendência nociva”, “análise do caráter do autor”, “sentimento negativo”, “obstinada hostilidade ao direito” (esse conceito, que é atribuído ao renomado penalista **Franz Streng**,⁽⁵⁾ estava incluído na nota de rodapé 12 do Projeto de Lei, mas não se encontra mais ali).

Com isso, o Projeto se apresenta como expressão de um Direito Penal do Autor orientado pela convicção, que não depende de um fato concreto – no sentido do Direito Penal do fato aqui predominante –, senão da “culpabilidade pela condução de vida” (**Edmund Mezger**). **Mezger**, que é citado pela AfD na nota de rodapé 15, em 1934,⁽⁶⁾ já havia acentuado a orientação racial e étnica do “novo” Direito Penal, e também destacado os “tipos de grupos de inimigos da sociedade” e fomentado a “eliminação de indivíduos racial e etnicamente nocivos”, do âmbito da comunidade do povo.

Para **Mezger**, a culpabilidade não deveria ser mensurada unicamente pelo fato, senão, sobretudo, pelo caráter e pela personalidade do autor (Direito Penal do Autor), mais precisamente seria uma culpabilidade pela decisão e pela condução de vida. A isso o Projeto se vincula, quando fala da “verificação judicial do caráter do autor” (p. 7) e acentua a

“relevância da vida pregressa do autor” (p. 8). Ele inclusive vai além, do Direito Penal do Autor ao Direito Penal do Caráter, ao “avaliar, respectivamente,... o caráter negativo do autor” (p. 8).

Se o Projeto, ademais, pretende tornar o conceito de “tendência nociva” em critério para o agravamento da pena (§ 48, al. 3), passará a admitir, com isso também o enfoque nacional-socialista centrado no autor e fundado na biologia criminal. Nesse sentido, os nazistas introduziram tal conceito no direito alemão por meio do decreto relativo a Condenações Indeterminadas, de 10 de setembro de 1941, e, mais tarde, incorporaram-no na Lei do Tribunal Juvenil do Império, de 1943.⁽⁷⁾ O fato de que ele até hoje se encontra na Lei Alemã do Tribunal Juvenil (veja, por exemplo, o § 17, al. 2) não torna as coisas melhores, senão apenas comprova a continuidade nacional-socialista (orientada ao futuro) do Direito Penal republicano. O Projeto da AfD vai mais além, na medida em que procura transportar um conceito ainda existente no Direito Penal Juvenil (orientado justamente pelo autor punível) para o âmbito do Direito Penal dos adultos.

O porquê de a AfD se utilizar dessa terminologia nazista é algo que somente ela mesma pode responder. Mas que ela o faz, é algo que fala por si: e isso nos mostra nossa esquecida história ou nossa consciência histórica. Ambas devem dar o que pensar.

Notas

- (1) Tradução do artigo intitulado “Zurück zum NS-Täterstrafrecht?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 mar. 2019, pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen - UFRGS.
- (2) JEHLE/ALBRECHT/HOHMANN-FRICKE/TETAL, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2016. p. 55, 66, 179, 198.
- (3) FISCHER, *Strafrechtliche Rückfälle der AfD. Ein gartenzwergischer Straf-Organismus*. *Spiegel Online*, de 15 mar. 2019, disponível em: <<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/strafrecht-rueckfaelle-und-gewohnheitstaeter-kolumne-a-1257312.html>>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- (4) N.do T.: Para uma análise aprofundada desta chamada “continuidade” do Direito Penal Nacional-Socialista, em particular do seu caráter racial (antisemita), étnico e totalitário e sua influência no desenvolvimento de um Direito Penal alemão antiliberal e autoritário na virada do século, veja AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019 (tradução portuguesa em preparo).
- (5) STRENG, *Juristische Schulung*, 1933. p. 924.
- (6) MEZGER, *Deutsche Juristenzeitung*, v. 39, colunas 97-104.
- (7) HÖFFLER, Vom juvenilen Rechtsbrecher und dessen “schädlichen Neigungen” - Zeit, mit einem überkommenen Menschenbild aufzuräumen, In: BARTSCH et al. (Hrsg.), *Mittler zwischen Recht und Wirklichkeit - FS Kreuzer*. Frankfurt a.M.: Verlag für Polizeiwissenschaft, 2018. p. 239 e ss.

Kai Ambos

Professor Catedrático de Direito Penal,
Direito Processual Penal e Direito Comparado na
Georg-August Universidade de Göttingen (Alemanha).
Juiz do Tribunal Especial para o Kosovo (Haia).
Conselheiro (*amicus curiae*)
da Jurisdição Especial para a Paz (Colômbia).

Tradução

Prof. Dr. Pablo Alflen (UFRGS).