

DO "DIREITO PENAL LIBERAL" AO "DIREITO PENAL DO INIMIGO"

Ciências Penais | vol. 1 | p. 9 | Jul / 2004 | DTR\2004\354

Eduardo Demetrio Crespo

Área do Direito: Penal

Palavras-chave: Direito Penal liberal - Garantismo - Direito Penal do inimigo

Sumário: 1.Evolução ou involução? - 2.A utopia abolicionista - 3.O reducionismo - 4.O neoproporcionalismo - 5.O garantismo - 6.A expansão do Direito Penal

1. Evolução ou involução?

A construção da ciência penal tal como hoje a entendemos inicia-se com o pensamento da ilustração,¹ em especial com a famosa obra de Beccaria (1738-1794) *Dos delitos e das penas* (1764), na qual o autor sugere uma série de dilemas relativos à humanização do direito penal,² que ainda hoje não perderam sua atualidade. Por outro lado, desde Von Liszt (1851-1919), o direito penal é considerado como a "Magna Carta (LGL 1988\3) do delinqüente" e, em qualquer caso, "a barreira infranqueável da política criminal", como o autor faz questão de destacar no seu famoso Programa da Universidade de Marburgo de 1882.

Do ponto de vista político-criminal, parece que na ciência penal houve certo consenso nas últimas décadas em torno da idéia de que o Direito Penal é a forma mais grave de intervenção do Estado diante do indivíduo, que ocasiona para este últimas consequências altamente estigmatizadoras, e que por isso é preciso restringir e justificar ao máximo sua intervenção. Essa idéia,³ aliada à crise do pensamento ressocializador, faz com que surjam em um determinado momento diversas propostas que *vão desde as puramente abolicionistas até as reducionistas do sistema penal*.⁴ Essas últimas estão representadas inicialmente pela busca de alternativas à pena privativa de liberdade, e mais recentemente se centram em dois aspectos: a alternativa despenalizadora, em franca oposição à tendência expansionista do Direito Penal contemporâneo, e as propostas consistentes em devolver protagonismo à vítima no conflito penal.

Entretanto, o debate sobre a legitimidade do Direito Penal,⁵ centrado há não muito tempo nesse dilema (*propostas abolicionistas-propostas reducionistas*), pode ser caracterizado hoje mais claramente com o binômio reducionismo versus expansão, isto é, com o debate próprio do contexto e exigências do que se costuma denominar "modernização do direito penal". Essa modernização, defendida de modo enfático por algum autor⁶ diante do por ele qualificado como "discurso da resistência", que não oscila em taxar de "ultraliberal e reacionário",⁷ compreende, todavia, construções como o chamado "Direito Penal do inimigo"⁸ - que pretende despojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos, que devem ser tratados como meras "fontes de perigo", os quais devem ser neutralizados a qualquer preço⁹ - diante do qual cabe perguntar se a correspondente "modernização" representa realmente uma evolução, ou melhor, como aqui se sugere,¹⁰ uma lamentável involução. O "Direito Penal do inimigo" se caracteriza, entre outras coisas, por um amplo adiantamento da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um incremento notável das penas e por um relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais.¹¹

O principal teórico do conceito na discussão atual, Jakobs,¹² explica-o sublinhando que o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em seus regulamentos, o *trato com o cidadão*, no qual se espera até que este exteriorize sua conduta para reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o *trato com o inimigo*, que é interceptado muito antes, no estágio prévio e que é combatido pela sua periculosidade.¹³ NA SUA OPINIÃO, NENHUM CONTEXTO NORMATIVO, INCLUINDO COMO TAL A PESSOA NO DIREITO, O É POR SI MESMO, MAS SÓ É REAL QUANDO A SOCIEDADE O DETERMINA.¹⁴ ESSA TESE O LEVA A DEFENDER QUE QUEM NÃO OFERECE UMA SEGURANÇA COGNITIVA SUFICIENTE DE UM COMPORTAMENTO PESSOAL NÃO PODE ESPERAR SER TRATADO COMO PESSOA, POIS DO CONTRÁRIO SERIA VULNERADO O DIREITO À SEGURANÇA DAS DEMAIS PESSOAS; E QUE, PORTANTO, SERIA COMPLETAMENTE ERRÔNIO CONDENAR O "DIREITO PENAL DO INIMIGO", POIS DESSE MODO NÃO SE CHEGA A UMA SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DOS INDIVÍDUOS QUE NÃO PERMITEM SUA INCLUSÃO EM UMA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.¹⁵

Lamentavelmente tal concepção não é só teórica, mas existe efetivamente em nossa legislação

penal e processual penal (em matéria de terrorismo, tráfico de drogas ou imigração)¹⁶ e na prática da política internacional (que, de forma crua, não pergunta pelas "causas" de fenômenos tão complexos como o terrorismo, mas só quer combater os "efeitos", inclusive mediante "guerras preventivas" ou "assassinatos seletivos"). Sendo assim, não se trata logicamente de "matar o mensageiro", tampouco de manter uma atitude puramente "descritivo-explicativa" ("aparentemente neutra"), e menos ainda "direta ou indiretamente legitimadora", com base em um débil, e em qualquer caso questionável, fundamento filosófico subjacente, mas corresponde, na minha opinião, destacar que tal direito não pode ser o direito penal característico de um Estado de Direito¹⁷ (e que, à margem deste não pode tampouco existir ou coexistir direito algum com pretensão de validade) por mais que seus artífices políticos (do Direito Penal do inimigo) o invoquem (o Estado de Direito) constantemente. Ademais, cabe afirmar que o chamado "direito penal do inimigo", toda vez que fixa seus objetivos primordiais no combate a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do direito penal do fato,¹⁸ convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido "Direito Penal do autor".¹⁹ Por essa razão, a via argumentativa da eficácia e da segurança, sem prejuízo das conseqüências que da mesma podem ser extraídas pela via negativa, está vedada na esfera axiológica, pois, como se sabe, a validade não pode derivar-se em hipótese alguma da eficácia.²⁰ O "Direito Penal do inimigo" é conseqüência, na minha opinião, entre outras coisas, do uso simbólico do Direito Penal^{21,22} (entendido como tal, de modo geral, aquele que persegue fins distintos da proteção de bens jurídicos no marco constitucional), e da própria crise do Estado de Direito.²³

O objetivo dessa contribuição é simplesmente mostrar o giro que se produziu no debate, até o ponto de perder de vista o marco político-criminal recente que tinha gerado, de modo geral, na minha opinião, uma evolução positiva na humanização do direito penal.²⁴ O referido marco foi "pulverizado", mediante sua redução ao absurdo, pela via de um crescente recrudescimento punitivo, ao sabor da demagogia política e do espetáculo de mídia (que se vale do sofrimento das vítimas para aumentar os índices de audiência). Segundo essa concepção, a preocupação pelas garantias, além do "efeito estético" da proclamação dos princípios nas Exposições de Motivos, aparece como fruto da "falta de solidariedade", da "maldade", da "falta de visão", ou, na melhor das hipóteses, da "ingenuidade acadêmica", de quem se mantém nesse discurso. Em qualquer caso, à luz da atual "febre reformista"²⁵ (como evidenciam de modo especial a Lei Orgânica 7/2003, de 30 de junho, sobre medidas de Reforma para o cumprimento integral e definitivo das penas; a Lei Orgânica 11/2003, de 29 de setembro, sobre medidas concretas em matéria de segurança dos cidadãos, violência doméstica e integração social dos estrangeiros; assim como a Lei Ordinária 15/2003, de 25 de novembro, que modifica a Lei Ordinária 10/1995, de 23 de novembro, o Código Penal (LGL 1940\2)), pouco ou nada do espírito daquele programa político-criminal fica de pé. Foi substituído por um programa guiado por uma fé inquebrantável na capacidade de intimidação das penas - foi introduzida, sem uma menção explícita, a prisão perpétua; foram recuperadas as penas curtas privativas de liberdade inferiores a seis meses, e a multirreincidência -, o "deslizamento" em direção a um Direito Penal do autor, e a limitação do arbítrio judicial.²⁶ O atual limite máximo da pena privativa de liberdade, cada vez mais longe do marco dos vinte anos, teoricamente estabelecido em termos gerais pelo <nl>art. 36 do CP (LGL 1940\2) </nl>, pois, em primeiro lugar, é elevado a trinta anos pela regra do art.70.2.1.º, mas pode chegar aos quarenta ex art.76.1.d), que ademais podem ser cumpridos integralmente em virtude da reforma do art. 78, é a melhor expressão desse programa maximalista. Como não poderia deixar de ser, dadas as limitações de espaço, só abordo alguns elementos que considero especialmente significativos desse processo.

2. A utopia abolicionista

Provavelmente a primeira dúvida que surge ao ouvir falar de abolicionismo penal²⁷ é precisamente o que é e o que pretende abolir.²⁸ Nessa problemática conceitual é possível distinguir um *sentido restringido* do mesmo, cujo objetivo seria unicamente a abolição de um aspecto concreto do sistema penal (por exemplo, a abolição da pena de morte); e um sentido amplo cujo propósito seria a abolição do sistema penal no seu conjunto por considerá-lo um problema social em si mesmo.²⁹ O pensamento abolicionista em sentido amplo³⁰ é o nome que se dá, principalmente na Europa ocidental, a uma corrente teórica e prática que efetua uma crítica radical de todo o sistema de justiça penal e sugere a sua substituição.³¹ Podem ser mencionados como precedentes do atual abolicionismo, em primeiro lugar, o movimento para a abolição da escravatura nos Estados Unidos, que se inicia no último terço do século XVIII, momento no qual com a introdução da idéia de indivíduo como sujeito da história é entendido como um movimento moral.³² Em segundo lugar, temos o movimento de abolição da pena de morte,³³ e também desde o século XIX a corrente para a

abolição da prostituição. Também não pode ser esquecido o movimento abolicionista dos castigos corporais, cujo êxito trouxe como consequência o nascimento da instituição carcerária, que é precisamente o alvo fundamental dos atuais movimentos abolicionistas.

Na realidade a definição que acabamos de dar é insuficiente para lograr uma aproximação ao que devemos entender como pensamento abolicionista, se não a complementamos com algumas reflexões a respeito do que tal corrente teórica significa hoje no âmbito de um Direito Penal "em crise".³⁴ Nesse sentido já foi dito que o abolicionismo constitui uma das três posturas político-criminais que, com caráter geral, cabe considerar como imprescindíveis para a análise do fenômeno jurídico-penal na atualidade.³⁵ Junto a ela se situam as opções ressocializadora e garantista: enquanto essas últimas pretendem conseguir um melhor direito penal, embora a partir de perspectivas diferentes, aquela pretende construir alternativas ao sistema punitivo.³⁶ A base filosófica do abolicionismo encontra-se no que poderíamos denominar uma "disposição fenomenológica para a compreensão das coisas".³⁷ A compreensão que o abolicionismo realiza a respeito da realidade que está relacionada com o que normalmente denominamos "delito" provém da experiência daqueles que estão diretamente implicados, experiência esta que passa a ser denominada "situação problemática", e em consequência opõe-se à monopolização do conflito pelo Estado para a consecução de uma solução. Partindo, pois, de uma sensibilização que surge da aproximação e do compromisso fenomenológico, o abolicionismo afirma que uma "situação problemática" só pode ser qualificada e resolvida partindo da visão que a consciência dos componentes do grupo afetado tem da mesma. Dessas premissas se serve o abolicionismo para a construção de uma política criminal eminentemente irregular. Partindo desse ponto de vista o abolicionismo pode ser entendido como um método, que, de acordo com a concepção de Heidegger, entraria em uma relação dialética com o seu objeto.³⁸ No caso do pensamento abolicionista o método é a luta pela abolição de todo o sistema penal, e o objeto é o que precisamente busca eliminar. Da perspectiva da teoria do conhecimento "a teoria abolicionista se encontra dentro de um contexto epistemológico que pode ser caracterizado pela sua atitude não positivista ante o conceito de verdade".³⁹ Com efeito, para o abolicionismo a maneira de aproximar-se da verdade consiste na crítica permanente do que está mal, sem pretender em nenhum momento uma reconciliação entre o intelecto e o *status quo*.⁴⁰

Essas propostas radicalmente abolicionistas do sistema penal (corrente de pensamento representada por autores como Mathiesen,⁴¹ Hulsman,⁴² ou Christie,⁴³ ENTRE OUTROS) ENTENDEM QUE O SISTEMA PENAL ESTÁ ESPECIFICAMENTE CONCEBIDO PARA FAZER O MAL, QUE É UMA RESPOSTA VIOLENTA E PÚBLICA SUSCETÍVEL TAMBÉM DE INCITAR À VIOLÊNCIA, E QUE ADEMAIS É UMA INSTITUIÇÃO QUE CRIA E ALIMENTA DE MODO FALSO A IDÉIA DE PODER PROPORCIONAR ÀS VÍTIMAS AJUDA E PROTEÇÃO. EFETIVAMENTE, O PENSAMENTO ABOLICIONISTA RADICAL RECLAMA UM ENTENDIMENTO TOTALMENTE DIFERENTE DO UNIVERSO PENAL A PARTIR DE TRÊS IDÉIAS: O DANO E A SUA COMPENSAÇÃO, OS CONFLITOS INTERPESSOAIS E OS ACORDOS NO PROCESSO PENAL; REIVINDICANDO A DEVOLUÇÃO DO CONFLITO AOS SEUS PROTAGONISTAS E A RECUPERAÇÃO DA VÍTIMA COM PARTE DESTES. ⁴⁴EM TODO CASO, AS TEORIAS ABOLICIONISTAS, COMO PROPOSTAS RADICALMENTE ALTERNATIVAS AO DIREITO PENAL, NÃO TIVERAM ÊXITO NEM É PROVÁVEL QUE O TENHAM NO FUTURO, DADO QUE NÃO PARECE QUE OS ESTADOS ESTEJAM DISPOSTOS DE ALGUMA MANEIRA A RENUNCIAR AO USO DO DIREITO PENAL, MAS SIM TODO O CONTRÁRIO, PROMOVENDO CADA VEZ MAIS A SUA EXPANSÃO.

O abolicionismo foi objeto, não à toa, de críticas *de cunho garantista*: abolir o direito penal pode significar ao mesmo tempo abolir seus limites, o que pode conduzir à instauração de uma sociedade disciplinar de controles ilimitados; de cunho criminológico, pois a idéia da abolição do castigo não satisfaz sempre; e de cunho científico, pela sua falta de originalidade e pela inconsistência de suas bases e propostas.⁴⁵ Em todo caso, no que se refere à perda das garantias, está claro que não basta, diante de qualquer proposta alternativa à intervenção do direito penal, fazer uma referência abstrata à "ausência de garantias", mas é preciso demonstrar quais são concretamente as garantias às quais se renuncia e quais são as vantagens que as propostas alternativas trazem.⁴⁶

3. O reducionismo

As propostas reducionistas do sistema penal caracterizam-se, diante das anteriores, pela aceitação da existência deste último, e pela busca de alternativas "realistas" à sua atual configuração, com um espírito humanista. Estas, ademais da descriminalização de determinados comportamentos,

consistiram basicamente na busca e na implementação de alternativas à pena privativa de liberdade, e na reparação à vítima como técnica alternativa para a solução de conflitos. O espírito humanista que inspirava a ambas foi "alterado", e como assinalava no início, reduzido ao absurdo. No primeiro caso, pelo recrudescimento punitivo, no segundo, pela "utilização" das vítimas para reivindicar o programa político-crime maximalista subjacente (como se o direito penal pudesse, com o castigo, restaurar a "justiça material").

Um caminho já empreendido há tempos pela doutrina, e que teve um reflexo fiel no Código Penal (LGL 1940\2) de 1995 com a incorporação de penas como os trabalhos em benefício da comunidade ou a detenção de fim de semana, foi a *busca de alternativas à pena privativa de liberdade*. Todavia, ainda que a pena privativa de liberdade esteja em crise do ponto de vista teórico, não há espaço para o otimismo, pois as estatísticas demonstram que nos últimos anos houve na Espanha um processo expansionista do uso da prisão.⁴⁷ A crise da prisão deve-se ao fato de que opera como um fator criminógeno, devido a fenômenos como a psicose carcerária, a subcultura das prisões e a privação de uma vida sexual normal.^{48,49} Von Liszt já destacava como característica principal do movimento de reforma "a luta contra as penas curtas privativas de liberdade, dominantes em nossa jurisprudência penal atual, que da forma como hoje são aplicadas, nem corrigem, nem intimidam, nem inocuizam; mas, ao contrário, lançam freqüentemente o delinqüente primário no caminho definitivo do crime",⁵⁰ embora antes de seu famoso Programa de Marburgo já se tivesse conhecimento das desvantagens das penas privativas de liberdade de curta duração no âmbito da pedagogia criminal e da criminologia.⁵¹

O conjunto de motivos que nos levam hoje à certeza de que o uso da pena privativa de liberdade deve ser reduzido centra-se nos seguintes aspectos: acentuação da fase de criminalização primária, incremento da criminalização secundária, crise do pensamento ressocializador.⁵² As investigações realizadas chegam às seguintes conclusões acerca dos fins da pena: a pena privativa de liberdade nem sempre é necessária do ponto de vista da prevenção geral; resulta prejudicial do ponto de vista da prevenção especial e do objetivo ressocializador, por ser traumática e estigmatizante; houve uma perda importante de possibilidades preventivo-gerais e preventivo-especiais devido ao fenômeno da hipertrofia da legislação penal e de inflação do uso da pena privativa de liberdade. Embora o objeto fundamental da controvérsia tenha sido historicamente as penas privativas de liberdade de curta duração,⁵³ nem por isso deixam de ser questionadas as penas privativas de longa duração por correr o risco de serem consideradas excessivas em determinados casos.⁵⁴ As penas privativas de liberdade de curta duração são rechaçadas, entre outras razões, pelos motivos expostos, embora se reconheça que possam desempenhar uma função positiva do ponto de vista da prevenção geral e especial, em particular no âmbito da delinqüência de colarinho branco.⁵⁵

Devido justamente à visão do direito penal atual como um direito de garantias, cuja aplicação surge calcada em uma série de princípios irrenunciáveis, tais como o de legalidade (reserva legal, irretroatividade, taxatividade, *ne bis in idem*), o de proporcionalidade (idoneidade, necessidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima - subsidiariedade, fragmentariedade -, proporcionalidade em sentido estrito), e culpabilidade (personalidade das penas, responsabilidade subjetiva, responsabilidade pelo fato, imputação pessoal), à luz do marco constitucional característico do modelo de Estado social, democrático e de direito se sugere a busca de alternativas válidas para a pena privativa de liberdade, enquanto continue sendo necessário o sistema penal. Como critério geral, a substituição ou não das penas curtas deve ser objeto de reflexão judicial, e não de um mero automatismo legislativo, com a valoração de todo o contexto do autor.⁵⁶ Como destacava Maqueda Abreu, "a previsão e a aplicação de substitutivos penais pode ser considerada agora, talvez, um imperativo constitucional",⁵⁷ sempre que partamos da premissa de que o art. 25.2 da Constituição constitui um princípio de humanização que proíbe a imposição de sanções inúteis.⁵⁸ Entretanto, é preciso recordar, por um lado, que toda política criminal que pretenda limitar a intervenção penal (seja através da descriminalização, da despenalização, da liberação de presos ou da mera limitação da severidade das penas de prisão⁵⁹) deve vir acompanhada de uma política social de transformação das estruturas socioeconômicas dirigida à eliminação da marginalidade e da desigualdade, porque este continua sendo o verdadeiro problema de fundo, e por outro lado, tampouco cabe esconder o ceticismo que a doutrina manifesta sobre o potencial das alternativas para diminuir o uso da prisão.⁶⁰

Em segundo lugar vemos que a vitimologia, como disciplina que se ocupa do estudo da vítima do delito, irrompeu com ímpeto nos últimos tempos no cenário das ciências penais, dando lugar a uma

importante modificação do objeto e da orientação da criminologia. Próprio dessa tendência é o estudo das formas de adquirir a condição de vítima e a chamada "predisposição vitimista". O delito, dessa forma, é definido como um drama humano com dois protagonistas, cada um dos quais contribuindo de certo modo para o seu desenvolvimento. Pois bem, o impulso da vitimologia teve conseqüências no âmbito da política criminal e da dogmática penal. Do ponto de vista dogmático, a chamada "vitimodogmática" foi construindo um entendimento segundo o qual se analisa como a contribuição da vítima ao delito afeta o comportamento do autor através do princípio de auto-responsabilidade da vítima.⁶¹ Dessa forma afirma-se um dever de autodefesa em relação a certos ataques a determinados bens jurídicos, cuja infração diminuiria o merecimento de tutela por parte da vítima. Do ponto de vista político-criminal, no que aqui interessa, produziu-se uma verdadeira mudança de rota, irrompendo na discussão os problemas relativos à reparação à vítima, bem como a previsão de mecanismos de compensação entre autor e vítima.

Não resta dúvida que o que poderíamos chamar "introdução da vítima no conflito penal" constitui uma das discussões político-criminais de maior atualidade e importância,⁶² talvez como conseqüência da revolução provocada pelo pensamento abolicionista, que reivindica, entre outras coisas, a devolução dos conflitos aos seus protagonistas e a recuperação da vítima como parte deles.⁶³ Isso surge, de certo modo, como uma "euforia" que recai sobre a vítima, e que vem a substituir a euforia dos anos 60 centrada na ressocialização do autor.⁶⁴ Pois bem, os motivos que fundamentam essa especial ênfase conferida ao papel de conciliação e de reparação no direito penal são complexos e de natureza variada. Essas razões vão, na opinião de Hartmann, desde a recepção de determinados modelos programáticos de mediação norte-americanos, passando pela investigação de determinados paradigmas históricos e etnológicos para a solução de conflitos e o aparecimento da vitimologia como ciência que se dedica ao estudo da vítima, até a crise da política-criminal (que surge diante do ceticismo das possibilidades de prevenção do direito penal).⁶⁵

A *concepção* tradicional do delito fundamenta-se em um conflito essencialmente bilateral e vertical entre o Estado e o responsável penal. Esse entendimento tradicional do delito sobre o qual se apóia atualmente o sistema penal contém alguns elementos que convém não deixar que passem despercebidos: ⁶⁶a) a "gravidade do fato" como limite a uma orientação preventiva do direito penal, e distinto do conceito de "prejuízo", no qual cabem todos os efeitos produzidos sobre a vítima, próprio do âmbito da responsabilidade civil; b) caráter público do conflito penal, no qual o peso fundamental da decisão sobre o castigo recai no próprio Estado, que exerce a potestade punitiva mediante um processo imperativo que, salvo exceções, é indisponível para a vítima.⁶⁷ Pois bem, a reparação à vítima pressupõe um redimensionamento dos termos do conflito, já que este se estabelece, com base nesse ponto de vista, basicamente entre o autor e a vítima, tomando esta um papel ativo na resolução do mesmo. Dessa forma, aproxima-se das teses criminológicas que reivindicam a "devolução" do conflito aos seus protagonistas, de acordo com uma perspectiva horizontal do delito, que sustenta que a vítima na atualidade não só suporta os efeitos do delito, mas também suporta a insensibilidade do sistema legal e a indiferença dos poderes públicos, que provoca o que se denomina "vitimização secundária".

Como situar a reparação no direito penal material e no sistema dos fins da pena tendo em vista o processo histórico que procedeu a uma estrita separação entre o direito penal e o direito civil constitui um tema de primeira ordem na discussão.⁶⁸⁶⁹ Por outro lado, a questão das *vias processuais para melhorar a posição da vítima* foi um dos pontos de maior produtividade do ponto de vista vitimológico, dado que fundamentalmente com base nessa perspectiva se desenvolve o conceito de vitimização secundária, posto que justamente nesse aspecto da definição se especificam as circunstâncias que caracterizam os elementos de desamparo e insegurança característicos do conceito de vítima.⁷⁰

4. O neoproporcionalismo

A teoria da proporcionalidade ao fato converteu-se na doutrina dominante da individualização judicial da pena em alguns países ("Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung"),⁷¹ e parece oportuno trazê-la à colação por aparecer vinculada a uma nova corrente político-criminal - que aspira por essa via dotar de legitimidade o sistema penal - que se denomina "neoclassicismo",⁷² embora seus partidários neguem a validade desse conceito,⁷³ já que não existe unanimidade no tocante ao seu significado.⁷⁴ Os seus partidários propõem circunscrever a medição da pena na análise da *gravidade do fato de acordo com a nocividade do comportamento e a culpabilidade do autor*, com o fim último de realizar objetivos de igualdade⁷⁵ e de justiça na individualização judicial da pena mais que

objetivos preventivos.⁷⁶⁷⁷ A proporcionalidade seria não só uma exigência entre o fato e a sanção, como também entre as conseqüências jurídicas dos diferentes tipos de delitos. A juízo de seus representantes o neoclassicismo pretende, acima de tudo, a translação do centro de gravidade da política penal da avaliação do risco da reincidência (avaliação projetada com vistas ao futuro sobre as possibilidades de que o autor cometa de novo o fato), à avaliação da gravidade do fato cometido (avaliação projetada para o passado sobre a especial reprovação do comportamento).⁷⁸

Em último caso, essa teoria debate-se com o problema de se a proporcionalidade implica uma quantidade fixa de pena, ou oferece os limites da pena a aplicar-se. Tanto a decisão sobre o caráter meramente limitador do princípio de proporcionalidade como o fato de deixar a decisão final na esfera da intuição resultam insatisfatórios para essa teoria, e seus partidários propõem como resolução para o problema a distinção entre *proporcionalidade absoluta* e proporcionalidade relativa (equivalentes na linguagem matemática à proporcionalidade cardinal e proporcionalidade ordinal). A proporcionalidade relativa refere-se à questão da equivalência das penas correspondentes aos diferentes delitos, de modo que aquelas pessoas que tivessem cometido delitos equiparáveis deveriam receber penas equiparáveis (salvo o concurso de circunstâncias atenuantes especiais, que modificam a nocividade ou a reprovabilidade do comportamento), e pessoas que tivessem cometido delitos não equiparáveis deveriam receber penas graduadas conforme a sua gravidade. A proporcionalidade absoluta, ao contrário, refere-se à dimensão e ao ponto inicial de uma determinada escala penal. Isto é, uma vez determinada a pena de outros delitos, poder-se-ia determinar proporcionalmente a do resto, mas o problema reside em encontrar o ponto inicial pelo qual se fixa a pena do delito de referência. Para este último não existe uma única pena merecida, motivo pelo qual a proporcionalidade absoluta, ao contrário da proporcionalidade relativa, só estabelece fronteiras.⁷⁹

Para esses autores, embora a prevenção geral possa fundamentar a instituição do direito penal enquanto tal, ou ser a razão pela qual são definitivamente introduzidos novos tipos penais, sua exigência de proporcionalidade na individualização judicial da pena não deriva de considerações preventivo-gerais (nem preventivas de nenhuma forma, tanto gerais como especiais, que são integralmente rejeçadas), mas de considerações de justiça, que, a meu modo de ver, não são outra coisa senão critérios retributivos.⁸⁰ As considerações preventivo-gerais poderiam eventualmente ser tomadas em consideração, se fosse considerado possível reduzir proporcionalmente todas as penas da escala, sem que isso fizesse temer um aumento considerável da taxa de criminalidade (isto é, um papel no marco da determinação legal da pena).⁸¹ Estando de acordo com isto, em minha opinião, como já expus em um trabalho anterior,⁸² o entendimento segundo o qual a prevenção geral fundamenta o direito penal, enquanto na individualização judicial da pena opera-se com critérios de "compensação da culpabilidade" é incorreto. Se a retribuição não se introduz como critério de fundamentação do direito penal é ilógico usá-la em uma fase posterior à intervenção penal como critério determinante da pena a aplicar-se no caso concreto e, por conseguinte, como critério legitimador de uma determinada quantidade de pena. Essa teoria me parece rejeçável, tanto pelos motivos político-criminais (já que entendo que excluir os fins preventivos da individualização judicial da pena constitui um retrocesso lamentável com relação ao avanço na racionalização do processo de conciliação de antinomias no sistema penal que havia conseguido a teoria do espaço de jogo), quanto pelos motivos dogmáticos (já que considero que sugere de modo ilógico a relação entre a fundamentação do direito penal e a individualização judicial da pena, entre legitimação externa e legitimação interna do direito penal⁸³).

5. O garantismo

O garantismo representa possivelmente o paradigma de referência para todas as "propostas reducionistas", porque não aborda a questão da legitimação do direito penal a partir de uma perspectiva parcial, mas a partir de uma visão global sobre os fundamentos de tal legitimação. Pois bem, parece-me conveniente separar nessa análise as propostas do neoproporcionalismo das do garantismo, por entender que aquelas se referem de modo especialmente intenso a um momento da legitimação interna do direito penal (a questão de como punir), enquanto estas últimas incidem tanto na legitimação externa como na interna (*a questão do se e do por que punir*), bem como na relação que cabe estabelecer entre ambas.

O autor que contribuiu de maneira mais decisiva para configurar este ponto de vista foi Ferrajoli, através do chamado *direito penal mínimo*,⁸⁴ desenvolvido em sua obra *Direito e razão*.⁸⁵ Como afirma Prieto Sanchís, o garantismo representa a mais conseqüente realização do programa iluminista, e a



obra de Ferrajoli é o mais completo e rigoroso estudo sobre o mesmo.⁸⁶ O diferencial da tese do direito penal mínimo é especificar que esse "mínimo necessário" de direito penal é aquele que se precisa para evitar a violência social informal, como possíveis reações punitivas espontâneas dos cidadãos agredidos. Não é em vão que Ferrajoli critica duramente as doutrinas abolicionistas por entender que os modelos de sociedade que perseguem são aqueles escassamente atrativos de uma sociedade selvagem carente de qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte ou, alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizadora, na qual os conflitos são controlados e resolvidos mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamento médico, ou de panoptismo social e inclusive policial.⁸⁷ Apesar disso, o autor confere a estas últimas teorias dois méritos nada desdenháveis: ter favorecido a autonomia da criminologia crítica, contra-arrestando ao mesmo tempo a legitimação moral latente das doutrinas penais dominantes, e ter arrojado sobre os "justificacionistas" a "carga da justificação" desse produto humano e artificial que é o direito penal e que deve oferecer réplicas convincentes ao desafio abolicionista, "mostrando não só que a soma total dos custos que requer é inferior à das vantagens que proporciona, mas também que o mesmo pode-se dizer de cada uma de suas penas, de suas proibições concretas e de suas técnicas efetivas de indagação".⁸⁸

Sem dúvida o pensamento de Ferrajoli inscreve-se no pensamento utilitarista proveniente da ilustração,⁸⁹ mas tem o mérito de sugerir a necessidade da vigência de todas e cada uma das garantias do direito penal liberal à luz das exigências do Estado de Direito. Na concepção do Sistema Garantista estão presentes ao menos dez condições, limites ou proibições como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro punitivo: "Segundo esse modelo, não se admite a imposição de nenhuma pena sem que se verifique a prática de um delito, que o mesmo esteja previsto em uma lei como delito, que haja a necessidade de sua proibição ou castigo, que ocorram efeitos lesivos para terceiros, que a ação criminosa se exteriorize ou materialize, que se dêem a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e que, ademais, a prova empírica seja realizada pela acusação ante um juiz imparcial em um processo público e contraditório com a defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido".⁹⁰ Esse modelo de direito penal se identifica, na opinião de Ferrajoli, que subscrevo integralmente, com o *modelo de direito penal do Estado de Direito*. Este é entendido como "um tipo de ordenamento no qual o Poder Público, e especificamente o poder punitivo está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e no plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)".⁹¹ Como explica o autor, "a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia, para a qual representa um limite, e ao mesmo tempo um complemento".⁹²

6. A expansão do Direito Penal

A experiência demonstra, geralmente, que existe certa *divergência entre os entendimentos teóricos e a realidade empírica* no tocante ao grau de assimilação dos mesmos pelos fatos. Mas, no momento atual, a divergência entre os entendimentos que brevemente acabamos de examinar a propósito do direito penal mínimo, bem como as diferentes propostas abolicionistas e reductionistas do sistema penal, e a realidade é tão contundente que permitiu que se falasse inclusive da insustentável situação do direito penal.⁹³⁹⁴

Tanto é assim que se afirma que a expressão "direito penal mínimo" está a ponto de se converter em um tópico desprovido de conteúdo concreto.⁹⁵ Perante esse modelo axiológico erige-se na atualidade um fenômeno de "expansão" do âmbito do punível em flagrante contradição com a pretensão de reduzir o direito penal a um núcleo forte correspondente essencialmente ao chamado "direito penal clássico"⁹⁶ (*Kernstrafrecht*), como propugna sugestivamente a chamada "Escola de Frankfurt".⁹⁷ Essa expressão é consequência do nascimento de um "novo" direito penal, chamado por alguns "direito penal acessório", dirigido a proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial. Diante dos postulados axiológicos do modelo de direito penal mínimo sobrepõem-se, portanto, as exigências de intervenção penal procedentes de uma sociedade caracterizada modernamente como uma "sociedade de riscos".⁹⁸ Essa sociedade, do ponto de vista do direito penal do risco, apresenta uma série de peculiaridades, entre as quais se destacam o extraordinário incremento das interconexões causais, e a substituição dos contextos de ação individuais por contextos de ação coletivos, nos quais o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônima e estandardizada.⁹⁹

O debate sobre a idoneidade do direito penal para proteger bens jurídicos de caráter coletivo foi

levado às últimas conseqüências no âmbito da discussão político-criminal e dogmática acerca da expansão do direito penal na "sociedade de riscos" como conseqüência da transformação das estruturas socioeconômicas na sociedade pós-industrial, que conduziu a uma importantíssima *inflação punitiva*. C. Prittwitz denunciou essa situação assinalando que assistimos há tempos a uma irritante discordância entre o programático de um direito penal submetido a limites e o dia-a-dia de uma criminalização crescente, coisa intolerável em um momento no qual se reconhece sabidamente a "incapacidade" do direito penal para solucionar problemas.¹⁰⁰ Saber se o direito penal se encontra por essa razão ante uma situação "insustentável" ou simplesmente ante uma "nova" situação, que impele a uma mudança, é o núcleo das discrepâncias entre duas metodologias diferentes na hora de examinar o direito penal, que têm a ver, ao mesmo tempo, com pontos de partida epistemológicos distintos: o primeiro, de caráter personalista, e o segundo, de caráter funcionalista.¹⁰¹ Claro que atrás dessas metodologias e pontos de partida epistemológicos estão determinadas "concepções do homem" e da sociedade onde este se desenvolve, determinadas "ideologias" que têm uma função decisiva. Refiro-me ao individualismo da já mencionada "Escola de Frankfurt" e ao "normativismo" de Jakobs, respectivamente, modelos sobre os quais disse Schünemann - e provavelmente tenha razão - que constituem dois becos sem saída: o primeiro porque, na sua opinião, está destinado a repetir incessantemente um mesmo princípio, convertendo-se antes em um obstáculo que em um elemento positivo, e o segundo, porque necessariamente conduz a uma capitulação incondicional ante a prática política dominante em cada momento na atividade do legislador ou na jurisprudência.¹⁰²

Ademais, a discussão foi enriquecida com a contribuição dada recentemente por Gracia Martín, que propõe a construção de um novo discurso baseado em uma "crítica dogmático-filosófica", cuja pretensão derradeira seria interpretar os conceitos e os princípios jurídico-penais no contexto do materialismo da História.¹⁰³ Sua afirmação de que "a totalidade dos princípios, critérios político-criminais e dos instrumentos dogmáticos da modernização estão ajustados às exigências do Estado de Direito", de modo que "essa conformidade realiza-se em um grau tão absoluto que não admite nem exceções nem uma mínima relativização",¹⁰⁴ deverá ser objeto, todavia, de uma profunda discussão. Na minha opinião, e em uma primeira aproximação, tal afirmação resulta ao menos "demasiado contundente", sobretudo se não perdemos de vista que o direito penal moderno abarca construções já aludidas no título deste trabalho, como é aquela que Jakobs denomina e descreve como "direito penal do inimigo", que pode ser qualificada sem grandes dificuldades como uma corrente regressiva, que carece de legitimidade constitucional.

O fenômeno da expansão/modernização pode ser caracterizado, na minha opinião, por três grandes traços: a *administrativização* do direito penal, a regionalização/globalização do direito penal e a progressiva desconstrução do paradigma liberal do direito penal. Silva Sánchez estudou o problema relacionando-o com as seguintes variáveis: criação de novos "bens jurídico-penais", ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia,¹⁰⁵ e assumindo como via de solução a existência no futuro de um "direito penal de dupla velocidade". Por outro lado, Arroyo vinculou a perspectiva do risco com os seguintes fenômenos do direito penal: a criação legislativa de delitos de perigo, ou incriminação de condutas criadoras de risco, sem esperar a produção efetiva de lesões ou de morte; o surgimento por obra da lei e da interpretação de bens jurídicos coletivos cujo núcleo é a idéia de segurança: a segurança no tráfego, a segurança no trabalho etc.; a "modernização" dos pressupostos materiais e subjetivos da responsabilidade (imputação objetiva) e, unido a tudo isso, o desenvolvimento dogmático-jurídico da responsabilidade pelo delito culposos, de ação e de omissão.¹⁰⁶

Certamente a regulamentação desses novos âmbitos pressupõe juízos de valor eminentemente normativos, e por isso decide-se regulamentar os setores de riscos socialmente mais significativos como a energia nuclear, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia etc., o que traz como conseqüência a utilização freqüentíssima de leis penais em branco nesse âmbito. Esse fenômeno, que pode ser denominado globalmente como "*administrativização*" do direito penal, caracteriza-se, pois, pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação das fronteiras da proteção penal e a transição, definitiva, do modelo de delito de lesão de bens individuais, para o modelo de delito de perigo de bens supra-individuais.¹⁰⁷ A chave da questão radica no entendimento do conceito de bem jurídico, como Moccia destacou em um trabalho de título esclarecedor.¹⁰⁸ Esse autor entende que o bem jurídico sofre atualmente uma crise que questiona a sua função mais significativa: a de delimitar a intervenção penal, e isso como conseqüência de entender legítimo a incriminação de condutas consideravelmente distantes da



agressão ao bem jurídico, sem levar em consideração o critério do dano social da conduta, em nome de um exasperado pragmatismo de eficiência.¹⁰⁹ O direito penal, ao converter-se em grande parte em um direito de gestão punitiva de riscos gerais e não se limitar, como vinha fazendo, a reagir perante um fato lesivo individualmente delimitado, corre o risco de "administrativizar-se" e perder a sua configuração garantista.¹¹⁰¹¹¹

O conceito de "risco permitido" desempenha um papel regulador básico na dogmática penal desse "novo" direito penal, como figura jurídica que permitiria reputar conforme o direito ações que comportam um perigo de lesão a bens jurídicos, sempre que o nível de risco se situe dentro de determinados limites razoáveis e que o agente tenha adotado as medidas de precaução e de controle necessárias para diminuir justamente o perigo de aparição de tais resultados lesivos.¹¹² Como destacou Paredes Castañón, não é possível reduzir o conceito de "risco permitido" a um único momento do processo de valoração jurídico-penal da conduta, pois pode atuar em todos eles: pode operar como "causa de exclusão geral do desvalor objetivo da conduta" e como "tópico da argumentação jurídico-penal na esfera da antijuridicidade", que serviria para modificar a forma de fundamentar a valoração que as condutas merecem do ponto de vista penal.¹¹³ Ou seja, trata-se de um critério que expressa uma ponderação de todos os interesses jurídico-penalmente relevantes,¹¹⁴ juízo de ponderação que exigiria, na opinião de Silva, uma valoração prévia, que deveria incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou preferências) na qual aquela se consubstancia. Esse é o argumento utilizado para enfatizar que, precisamente na significativa mudança da autocompreensão social produzida nas últimas décadas, encontra-se a modificação do produto do juízo de ponderação de interesses antes referido no sentido de uma diminuição dos níveis de risco permitido, como conseqüência de uma supervalorização essencial da segurança.¹¹⁵ Essas demandas de segurança encontram apoio nos delitos de perigo abstrato, pois a incriminação de condutas por meio de delitos culposos de resultado não se mostra satisfatória, por se caracterizar justamente pela confiança do agente na não-produção do resultado.

A *globalização*, como fenômeno econômico internacional, e a integração supranacional, como fenômeno jurídico-político, constituem, por sua vez, dois fatores que influem de modo decisivo na discussão sobre o direito penal da sociedade pós-industrial, na mesma linha que venho descrevendo, pois atrás deles está a reivindicação de uma luta mais eficaz contra a criminalidade.¹¹⁶

¹¹⁷O direito penal que se encontra afetado pela perspectiva da globalização é basicamente o que diz respeito à delinqüência econômica e à delinqüência em geral,¹¹⁸ fenômenos ante os quais cabem, na opinião de Silva, duas opções: "Ou se realiza uma setorização das regras da parte geral do direito penal, ou se assume que, devido à poderosa força atrativa da nova criminalidade, também as regras que vinham regendo as modalidades clássicas de delinqüência serão modificadas".¹¹⁹¹²⁰

As conseqüências desse estado de coisas não são nada alentadoras. Como observaram Muñoz Conde e Hassemer, alguns fatos característicos da "sociedade de riscos" geraram um alarme social que está provocando uma tendência a abordá-los com a ajuda exclusiva do direito penal, o que acarreta determinados custos que afetam as garantias tradicionais do Estado de Direito.¹²¹ O fenômeno da expansão insere-se claramente em uma *órbita geral de restrição, ou na melhor das hipóteses, de "reinterpretação" das garantias clássicas do direito penal*, e isso devido a uma pluralidade de circunstâncias que estão vinculadas, como já se afirmou, com a natureza dos bens jurídicos que pretendem ser protegidos (bens jurídicos supra-individuais), a técnica de tipificação utilizada (delitos de perigo abstrato) e a autoria nesse âmbito (criminalidade empresarial, através de organizações de poder, de caráter transnacional etc.).¹²²

Para sermos honestos do ponto de vista científico acho que ao menos é preciso ter "coragem" de manifestar-se sobre esse ponto, embora isso não signifique optar radicalmente por um ou outro ponto de vista. Pessoalmente acredito que a modernização do direito penal é necessária e, por outra parte, incontrolável. Como acertadamente destacaram Schünemann¹²³ e Gracia Martín¹²⁴ recentemente, os problemas de nosso tempo são muito diferentes dos do século XVIII, houve uma modernização da criminalidade que provoca, sem dúvida, uma mudança de sua abordagem jurídica. Nesse sentido é óbvio que o direito penal deve também ter a possibilidade de alcançar a "criminalidade dos poderosos", e deixar de estar destinado apenas aos marginalizados e aos menos favorecidos pela sociedade. É evidente, também, que o direito penal moderno impele à tipificação de delitos de perigo e protege bens jurídicos coletivos, e que não tem sentido negar *ab initio* legitimidade a estes últimos, pois isso só se basearia, como afirmou Roxin, em um "ceticismo infundado" sobre a capacidade de rendimento de uma dogmática penal político-criminalmente fundamentada.¹²⁵ Mas, por outro lado, é imprescindível não deixar passar em branco o fato de que a

modernização do direito penal, se verdadeiramente pretende representar uma "evolução", deve realizar-se em escrupulosa obediência às garantias do Estado de Direito, e não sob o influxo das exigências de "segurança" de uma sociedade que não conhece critérios de "razoabilidade" a respeito da intervenção penal, porque do contrário essa intervenção não poderá ser considerada justificada. Como nos lembra Baratta, "os mecanismos discriminatórios na administração dos direitos fundamentais a favor de cidadãos 'respeitáveis' e em detrimento dos excluídos (imigrantes, desempregados, indigentes, toxicômanos, jovens marginalizados etc.) condicionam uma redução da segurança jurídica que, por sua vez, alimenta o sentimento de insegurança na opinião pública. O resultado é uma forma de esterilização seletiva das áreas de risco de violação dos direitos, onde a parte não está no todo, mas no lugar do todo ou, diretamente, contra o todo, entendido o todo como os direitos fundamentais e todas as pessoas".¹²⁶

Na minha opinião, é importantíssimo não perder de vista esse horizonte, porque o risco que corremos é possivelmente retroceder bastante no caminho empreendido há muitos anos na defesa de uma consideração garantista e humanista do direito penal. Uma prova do que digo, dos riscos que corremos, vejo nos movimentos atuais em "defesa da vítima", referendados inclusive com propostas de alguns políticos, da direita e da esquerda,¹²⁷ com inequívoco afã de protagonismo, que pretendem estigmatizar socialmente e até definitivamente os autores de determinados delitos, considerados especialmente reprováveis. Com isso, lamentavelmente, não só se pretende inverter o paradigma do direito penal como Carta Magna (LGL 1988\3) do delinqüente, mas também "revolver" os instintos de vingança da sociedade, e "sacar proveito" disso. Tampouco convém esquecer, todavia, que a sociedade evolui e sugere novas exigências ao direito penal e processual penal hodierno, às quais o ordenamento jurídico deve dar uma resposta adequada. Fechar as portas a qualquer modificação das considerações já arraigadas pode levar a resultados igualmente insatisfatórios. Um exemplo disso encontra-se possivelmente no modo como o legislador espanhol de 1995 abordou a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, onde por querer manter-se aferrado ao postulado *societas delinquere non potest*, terminou por adotar uma solução de escassa fiabilidade garantista: são previstas medidas acessórias à pena cuja natureza jurídica é uma incógnita, posto que não são nem penas e tampouco medidas de segurança, mas permitem inclusive o fechamento definitivo da empresa (<nl>art. 129 do CP (LGL 1940\2) </nl>).¹²⁸ Talvez seja conveniente quebrar a rigidez de determinados postulados dogmáticos, embora isso não seja totalmente lógico do estrito ponto de vista do pensamento sistemático, e construir um sistema garantista também para essas novas realidades que o direito penal de facto aborda.

-
1. Vide, a respeito, Prieto Sanchís, *La filosofía penal de la ilustración*, México, 2003, passim.
 2. Idem, ibidem, p. 67 et seq.
 3. Que se aproxima do pensamento dos autores do Projeto Alternativo alemão, de que a pena é uma "amarga necessidade" em uma comunidade de seres imperfeitos como os homens. Vide Baumann (e.a), *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 2. ed., Tübingen, 1969, p. 29.
 4. Sobre a evolução vide Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Prólogos de Ignacio Berdugo e Hans Joachim Hirsch, Salamanca, 1999, p. 51 et seq., 58 et seq.
 5. É muito ilustrativa, do ponto de vista global, a seguinte obra recentemente publicada: Bergalli (Coordenador e colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, 2003, passim; e, em especial, no que aqui nos interessa, com uma perspectiva histórico-sociológica, cf. Rivera Beiras, "Historia y legitimación del castigo: ¿hacia dónde vamos?", Bergalli (Coordenador e colaborador), *Sistema penal...*, cit., p. 86 et seq.
 6. Vide Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, passim, apresentação de Bernd Schünemann.
 7. Idem, ibidem, p. 34, 157 (entre outras).
 8. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, p. 294 et seq.; Jakobs e Cancio Meliá, *Derecho*

Penal del enemigo, Madrid, 2003, passim.

9. Sobre essa questão, vide Cancio Meliá, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal (LGL 1940\2) español después de la Lei Orgânica 7/2000", *Derecho Penal contemporáneo, Revista Internacional* 3/31 et seq., 2003 (também em: *Jueces para la democracia* 44/19-26, 2002); Portilla Contreras, "El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos" (inédito); el mismo, "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del 'enemigo' tras el atentado del 11 de septiembre de 2001", *Mientras tanto*, n. 83, 2002; do mesmo modo, fazendo referência, em um lúcido trabalho sobre o estado atual da ciência penal na Espanha, à formulação de "fundamentos e metas do direito penal abertamente regressivos, como é o direito penal 'de inimigos' patrocinado por G. Jakobs e outros", vide Quintero Olivares, "La deriva y crisis de las ideas penales y de la política criminal en España" (inédito); no mesmo sentido crítico, Muñoz Conde, "El nuevo derecho penal autoritario", texto da conferência realizada pelo autor no Coloquio Internacional Humboldt "La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo", celebrado em Montevideo entre 6 e 08.04.2003 (inédito).

10. Vide Ponto VI.

11. Cancio Meliá. "Derecho Penal del enemigo...", cit., p. 37.

12. Contra a concepção dogmática sustentada por Jakobs pronunciei-me em: Demetrio Crespo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Prólogo de José Ramón Serrano-Piedecabras, Granada, 2003, p. 74 et seq.; e já anteriormente, da perspectiva dos fins da pena, em Demetrio Crespo, *Prevención general...*, cit., p. 122 et seq. Para a compreensão do sistema propugnado por esse autor, ademais de suas obras anteriores, vide Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, passim.

13. Jakobs, "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo", in: Jakobs e Cancio Meliá, op. cit., p. 19 et seq., especialmente p. 42-43.

14. Idem, ibidem, p. 34.

15. Idem, p. 47-48.

16. Portilla Contreras, "El Derecho Penal y Procesal del enemigo...", cit., Ponto II; também Cancio Meliá, "Derecho Penal del enemigo...", cit., p. 43 et seq.

17. Sobre a evolução do conceito na teoria do direito é de grande interesse a seguinte obra coletiva: Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, passim.

18. Vide, por todos, Hirsch, "Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip?", in: Prittwitz, Baurmann, Günther, Kuhlen, Merkel, Nestler e Schulz (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 253 et seq.

19. Nesse sentido: Cancio Meliá, "Derecho Penal del enemigo?", in: Jakobs e Cancio Meliá, op. cit., p. 57 et seq., especialmente p. 100 et seq.

20. Sobre o tema, cf. Demetrio Crespo, *Prevención general...*, cit., p. 51. Sobre o significado dos binômios conceituais *legitimidade-efetividade*, *validez-eficácia*, cf. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 7. ed., México, 1993, p. 217 et seq.

21. Sobre a problemática subjacente acerca da racionalidade das leis penais são de especial interesse os trabalhos de Díez Ripollés, "Exigencias sociales y política criminal", *Claves de razón práctica* 85/48 et seq. 1998; o mesmo, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Actualidad Penal*, n. 1, 2001, p. 1 et seq.; o mesmo, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa*, 24, 485 et seq., 2001; e *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, passim.

22. Objeto de um trabalho independente poderia ser a reflexão acerca de em que medida o uso simbólico do direito penal é ou não consubstancial a este, assim como de em que medida resulta conseqüente com uma determinada concepção sobre os fins da pena. Tudo parece indicar que as concepções que postulam a prevenção geral positiva no sentido da "estabilização da norma" situam em primeiro plano algo diferente da proteção de bens jurídicos e, portanto, acarretam uma carga de simbolismo maior que as outras. Tudo isso sem prejuízo da inter-relação que possa ou deva estabelecer-se entre fins e/ou funções de um ou outro caráter. Sobre a contraposição básica subjacente, vide Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material de delito, Barcelona, 2003, passim.
23. Vide, por todos, Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", *Derecho y garantías. La Ley del más débil*, Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. Andrés Ibáñez y Greppi, Madrid, 1999, p. 15 et seq.; também, Serrano-Piedecasas, "Consecuencias de la crisis del Estado social", *Libro Homenaje al Prof. Baratta* (no prelo); o mesmo, mais amplamente, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, 1988, passim.
24. Com essa mesma idéia coincide Muñoz Conde assinalando que, sendo o direito penal o mais autoritário de todos os ramos do ordenamento jurídico e provavelmente de todos os sistemas formalizados de controle social, "o 'direito penal de inimigos' pode caracterizar-se como um 'direito penal mais autoritário do que o normal; um direito penal que se introduziu às escondidas 'pela porta falsa' de um ordenamento jurídico cujos parâmetros constitucionais tinham reconhecido uns direitos humanos fundamentais, umas garantías, que, ao menos formalmente, servem de barreira infranqueável ao poder punitivo do Estado" (vide Muñoz Conde, op. cit., p. 1).
25. Expressão de Quintero Olivares, op. cit., Ponto IV (nota 11).
26. Expressão de Quintero Olivares, op. cit., Ponto IV (nota 11).
27. Mais detalhadamente ocupo-me do tema em: Demetrio Crespo, "El pensamiento abolicionista", *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, p. 35 et seq., 41 et seq.; e em "De nuevo sobre el pensamiento abolicionista", *Cahiers de Défense Sociale. Libro Homenaje a Louk Hulsman* (no prelo).
28. Assinala Larrauri que sob a fórmula abolição das prisões se encontram diversas posições: a abolição das prisões atualmente existentes e a substituição das prisões por outras alternativas punitivas. Todavia, nenhuma das duas opções é defendida, em princípio, pelos abolicionistas. A primeira é desdenhada como objetivo estratégico, ainda que considerações éticas ou táticas políticas provoquem finalmente a defesa não só da abolição da prisão, mas também da melhoria das condições do sistema carcerário atual. A segunda opção, a substituição da prisão por outros mecanismos disciplinares, tampouco é o objetivo dos abolicionistas, já que o uso desses mecanismos punitivos não implicou uma diminuição do uso da prisão e ademais os mesmos implicam um controle maior por parte do Estado (cf.: Larrauri Pijoán. "Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista". *Poder y control*, 1987. p. 98-104).
29. De Folter, "Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", AA.VV., *Abolicionismo penal* (trad. do inglês por Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondaza), Buenos Aires, 1989, p. 58.
30. Podemos denominá-lo também *abolicionismo penal radical*, diante de outras posições diversas e limítrofes como o *abolicionismo institucional* (que circunscreve seu núcleo de ação e crítica à prisão e a outras instituições penais segregatórias), ou o denominado *reduccionismo penal* (que defende uma drástica redução da esfera jurídico-penal). Cf. Pavarini, "El sistema del Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo", *Poder y control*, 1987, p. 141-142.
31. Cohen, "Introducción", AA.VV., *Abolicionismo penal*, cit., p. 13.
32. Scheerer, "Die abolitionische perspektive", *Kriminologisches Journal (JZ)*, 1984, p. 90-111, especialmente p. 92, sobre a necessidade de situar o abolicionismo no contexto histórico.

33. Rossa. *Todesstrafen. Ihre Wirklichkeit in 3 Jahrtausenden*. Oldenburg-Hamburg, 1966, passim.

34. A expressão "direito penal em crise" ou a "crise do direito penal", freqüente até alguns anos atrás, refere-se a um "déficit de legitimidade", que, entretanto, à luz da atual expansão que o mesmo experimenta, produz um notável paradoxo, dado que, contemplado do ponto de vista da inflação legislativa, pode-se dizer que o direito penal goza de boa saúde. Por outro lado, a doutrina entende que, junto a essa *crise de legitimação*, pode-se falar de uma *crise de identidade* da ciência penal, e, por sua vez, de uma *crise epistemológica* ou de validade científica (Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992. p. 13-14). Não podemos esquecer que, sendo a concepção dogmática hoje dominante *de talante teleológico* (*Zweckrationalität*) e *conseqüencialista* - porque segue o paradigma da orientação às conseqüências (*Folgeorientierung*) -, esta deve perseguir a prevenção de condutas que vulnerarem bens jurídicos mediante a integração em suas categorias de postulados político-criminais que tenham o seu referencial axiológico no marco constitucional (e em último termo, no respeito aos direitos humanos), ou seja, assumindo também uma racionalidade valorativa (*Wertrationalität*). A política criminal precisa, porém, de uma sistematização de suas categorias de pensamento, que aclare como se pode aceder aos seus princípios, e como se orienta o sistema em direção aos mesmos (Quintero Olivares, *Curso de Derecho Penal*, Parte general, última edição, Barcelona, 1996, p. 98-99; *Manual de Derecho Penal*, Parte general, 3. ed., 2002, p. 219 et seq.). Em relação a essa última questão observou Silva Sánchez que o modo de aceder a esses valores que, junto com as conseqüências empíricas, definem o *telos* do sistema, pode ter um caráter principialista - através da acolhida do *alteuropäisches Prinzipiendenken* ou conjunto de princípios que nascem com o iusnaturalismo racionalista da Ilustração, o que não exclui uma co-fundamentação instrumental do direito penal - ou um caráter funcionalista - em cujo caso os valores acolhidos surgiriam como produto da própria lógica de auto-conservação do sistema - (Silva Sánchez (Ed.). "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites". *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1997. p. 20-21).

35. Silva Sánchez. *Aproximación...*, cit., p. 17.

36. Schumann, "Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems", *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für Lieselotte Pongratz*, München, 1986, p. 372.

37. Ciafardini, Alagia, "Prólogo", AA.VV., *Abolicionismo penal*, cit., p. 8.

38. De Folter. Op. cit., p. 59.

39. Scheerer. "Hacia el abolicionismo", cit., p. 24-25.

40. Segundo Silva Sánchez "a base mais forte da proposta abolicionista radica na atualidade nas teorizações da criminologia radical que desqualifica o sistema penal: o abolicionismo fez desta a sua principal base teórica" (Silva Sánchez. *Aproximación...*, cit., p. 20). Todavia, Larrauri, a partir de uma perspectiva distinta, considera a crise da nova criminologia como um fator que explica, junto à crise da legitimação da prisão, o crescente interesse por uma perspectiva abolicionista (Larrauri Pijoán, op. cit., p. 97. Cf. mais amplamente, da mesma autora, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, 1991, p. 192-243). Por sua parte, Smaus observa que o abolicionismo é visto como o desenvolvimento lógico da criminologia crítica, que tem pontos em comum com a teoria crítica e o marxismo, perseguindo a liberação (emancipação) dos homens das relações de opressão (Smaus, "Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie", *Kriminologische Forschung in der 80 Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg, 1988, Band II, p. 553). Na opinião de Delmàs-Marty, uma das idéias motrizes do movimento anarquista, a da autogestão pelo próprio grupo social, consistente em uma "resposta societária", baseada na mediação e não na repressão, inspira os movimentos abolicionistas contemporâneos. De acordo com a concepção de Delmàs-Marty podemos entender por política-criminal "o conjunto de métodos com os quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal". Pela via negativa a define destacando que não se confunde nem com a criminologia tradicional, nem com as doutrinas contemporâneas da criminologia crítica, a nova criminologia ou a criminologia radical (teorias críticas do controle social); e tampouco com o interacionismo e a sociologia da reação social. Para a autora a política-criminal,

como toda política, importa uma forma de organização da vida social, bem como uma determinada estratégia ou ação. Delimitar o seu âmbito é identificar as correntes ideológicas que a influenciam. São três as correntes ideológicas que residem atrás das grandes opções da política-criminal: a *corrente liberal*, a *corrente igualitária* e a *corrente autoritária*. A corrente igualitária, a partir da crítica ao liberalismo, divide-se em duas vertentes completamente divergentes: o *movimento libertário ou anarquista* e a *corrente autoritária oriunda do marxismo* (Delmàs-Marty. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid, 1986. p. 19-36).

41. Mathiesen. *The politics of abolition. Essays in political theory*. Oslo, 1974, passim.
42. Hulsman. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona, 1984, passim.
43. Christie. *Los limites del dolor*. México, 1984, passim.
44. Steinert. "Más allá del delito y de la pena". AA.VV., *Abolicionismo penal*, cit., p. 49 et seq.
45. Mais amplamente em: Demetrio Crespo, "El pensamiento...", cit., p. 47 et seq.
46. Cf., por todos, Larrauri, "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo", *Revista Peruana de Ciencias Penales* 9/453 et seq.
47. Cid Moliné, Larrauri Pijoán, "Introducción", VV.AA, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, p. 12; também, mais recentemente, Cid Moliné, Larrauri Pijoán (Coord.), *Los jueces penales y las penas en España*, Valencia, 2002, passim.
48. Fernández Albor. "Aspectos criminológicos de las penas privativas de libertad". *Estudios penales y criminológicos*, 1981. p. 227 et seq.
49. Não são poucas as vozes que se levantaram a favor da abolição do sistema carcerário. São ilustrativas, sem dúvida, as palavras de Pavarini, no Prólogo à obra de Rivera Beiras, *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, 2. ed., Barcelona, 1996, p. 15: "Uma das formas mais hipócritas de esconder dos estudantes a verdade do sistema penal é aquela - ainda plenamente em voga - que tenta convencê-lo que a necessária violência legal é algo que se sente na alma e não no corpo. A pena de prisão é antes de mais nada, e sobretudo, uma pena corporal, algo que produz dor física e que produz doenças e morte. No âmago, e não apenas nas intenções, é uma pena cruel. Como foi a pena de deportação nas colônias que também se contrapões às penas legais da época como 'benévola', 'doce' e inclusive 'útil'".
50. Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. da 18. ed. alemã e acrescido com a história do direito penal espanhol por Quintiliano Saldaña, 3. ed., Madrid, 1988, p. 20.
51. Baumann. "¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?". *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires, 1970. p. 1 et seq.
52. Bricola, "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, p. 13-76; Mantovani, "Pene e misure alternative", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, p. 77-114.
53. Berdugo Gómez de la Torre, *La evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho Penal*, Salamanca, Universidade Pontifícia, 1982, p. 27 et seq. O autor destaca que "o núcleo central do trabalho desenvolvido pela União Internacional de Direito Penal nos primeiros anos de sua existência girou em torno do exame das penas privativas de liberdade de curta duração, tanto apontando possíveis alternativas como examinando concretamente algumas delas" (p. 28).
54. Cid Moliné, Larrauri Pijoán, "Introducción", VV.AA, *Penas alternativas...*, cit., p. 30.
55. Cobo e Vives, *Derecho Penal*, Parte general, 4. ed., Valencia, 1996, p. 756, nota 23.

56. Demetrio Crespo, *Prevención general...*, cit., p. 312 et seq.
57. Maqueda Abreu. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, 1985, p. 21, Coleção Temas Penais, Série A, n. 2.
58. Córdoba Roda. "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978". *Doctrina penal*, 1980. p. 562.
59. Cid Moliné e Larrauri Pijoán, "Introducción", VV.AA, *Penas alternativas...*, cit., p. 14.
60. Os autores consideram que, como reação ao tratamento tradicional das alternativas ("posição individualizadora"), surgiu um "modelo proporcionalista", no qual a pena de prisão fica diretamente reservada para os comportamentos mais graves, enquanto para o resto de condutas o uso das alternativas fica subordinado a uma graduação em relação à "gravidade da ofensa realizada" (idem, ibidem, p. 20 et seq., especialmente p. 24). Sobre a minha valoração acerca desse modelo, vide *infra*, Ponto IV.
61. Cf. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, passim; Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, passim; González Cussac e Mira Benavent, "Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva", *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 711 et seq.
62. Cf., a título exemplificativo, entre numerosas publicações surgidas nos últimos anos, na literatura em espanhol, Beristain Ipiña, *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, passim; Bustos, Larrauri, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona, 1993, passim; Fletcher, Muñoz Conde, *Las víctimas ante el jurado*, Valencia, 1997, passim; García-Pablos de Molina, *Tratado de criminología*, 3. ed., Valencia, 1999, passim; Hassemer, Muñoz Conde, *Introducción a la criminología*, Valencia, 2001, passim; Landrove Díaz, *La moderna victimología*, Valencia, 1998, passim; Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, passim; Tamarit Sumalla, *La víctima en el derecho penal*, Pamplona, 1998, passim; VV.AA, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992; na literatura alemã, por todos, Hassemer, *Schützbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981, passim; Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, passim; e Walter, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems*, Berlin, 2000, passim.
63. Christie. "Los conflictos como pertenencia". *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, 1992. p. 159 et seq.
64. Hirsch, "La reparación del daño en el marco del derecho penal material", *De los delitos...*, cit., p. 53; o mesmo, "Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales", *De los delitos...*, cit., p. 93-94.
65. Hartmann, *Schlichten oder Richten. Der Täter-Opfer-Ausgleich und das (Jugend) Strafrecht*, München, 1993, p. 96 et seq.
66. Sobre a questão, cf. García Arán, "Alternativas al derecho penal", Arroyo Zapatero, Neumann, Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, p. 191-200, passim; também, Pérez Cepeda, "Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, p. 443 et seq.
67. Vide, chamando a atenção para esse ponto, em sentido crítico, sobre a paradoxal confluência de "mais direito penal, e ao mesmo tempo, mais desprestígio do direito e da justiça penais", com a conseguinte crescente privatização na solução de determinados conflitos penais: Quintero Olivares, "La deriva...", cit., Introdução, p. 1-2; o mesmo, "Sulla cosiddetta privatizzazione del diritto penale", *Critica del diritto*, 2002, n. 4.

68. Cf. Demetrio Crespo, "La solución de conflictos en el sistema penal: problemas dogmáticos y perspectivas político-criminales para la discusión", *Conflicto social y sistema penal. Diez estudios sobre la actual reforma*, Madrid, 1996, p. 32 et seq.; por todos, amplamente, Pérez Sanzberro, *Reparación...*, cit., p. 207 et seq.

69. Nesse sentido foram sugeridas diversas possibilidades, entre as quais destacamos as seguintes: a) *A composição privada do conflito*, cujo risco fundamental radica em que pode conduzir à desigualdade e à arbitrariedade na solução de conflitos (cf. Weigend, "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96), 1984, p. 775 et seq.); b) *A incorporação da reparação no direito penal como sanção penal* (Sessar, "Schadenwiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik", *Festschrift für Heinz Leferenz*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1983, p. 153 et seq.), que constitui, na opinião de Roxin, uma utopia romântica, já que implica inverter o movimento da roda da história, no tocante à separação entre o direito penal e o direito civil (Roxin, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", *De los delitos...*, cit., p. 143-144), além de não conceder nenhuma relevância à diferença essencial existente entre o ressarcimento do dano e a pena (Hirsch, "La reparación...", cit., p. 60); c) *Estabelecer a reparação como um novo fim da pena* alcançável por prestações compensatórias do Direito civil (Sobre o tema, Frühauf, *Wiedergutmachung zwischen Täter und Opfer. Eine neue Alternative in der strafrechtlichen Sanktionpraxis*, Gelsenkirchen, 1988, p. 135 et seq.; Rössner, Wulf, *Opferbezogene Strafrechtsplege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung*, Bonn, 1984, p. 82 et seq.), que, na opinião de Roxin, não está corretamente formulada, já que se a reparação tem eficácia preventiva, como asseveram seus defensores, então não é que constitua um novo fim da pena, mas sim deverá ser "uma prestação autônoma que pode servir para alcançar os fins tradicionais da pena e, na medida em que o consiga concretamente, deveria substituir a pena ou ser computada para atenuá-la" (Roxin. Op. cit., p. 154). d) *Converter a reparação em uma sanção autônoma*, na qual se mesclam elementos jurídico-civis e penais, posição mantida, entre outros, por Frehsee (*Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, 1987, passim) e Roxin (Op. cit., p. 154 et seq.), e questionada por Hirsch ao entender que conduz, na sua opinião, à "prisão por dívidas" (devido a que em último caso quem não satisfizesse a indenização a que foi condenado, teria que ser submetido à prisão) (Hirsch, "La reparación...", cit., p. 66); e) *Outorgar à reparação um papel dependente dentro do Direito Penal com a manutenção de seu caráter civil*, posição sustentada por Hirsch, e que, na prática, implica limitar-se à relevância que essa instituição já tem no momento atual no Direito Penal alemão, sobretudo no âmbito da individualização judicial da pena, e da remissão condicional da pena (Hirsch, "La reparación...", cit., p. 67 et seq.).

70. Sobre o tema, cf. Bustos, Larrauri, *Victimología...*, cit., p. 102 et seq.; Peters, "Alternativas en el campo judicial", *Estudios de derecho judicial* 20/147 et seq., 2000.

71. Von Hirsch, Jareborg, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991; Von Hirsch, *Censurar y castigar*, trad. Larrauri Pijoán, Madrid, 1998, passim.

72. Von Hirsch, Jareborg, "Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien", Eser, Cornils, *Neuere Tendenzen der kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg, 1987, p. 35-64.

73. Von Hirsch, Jareborg, *Strafmaß...*, cit., p. 4, nota 16.

74. Weigend, "Neoklassizismus" - ein transatlantisches Missverständnis -, *ZStW*, 94, (1982), p. 801-814; Trotha, "Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neoklassizistischen Kriminalpolitik", *Distanz und Nähe*, Tübingen, 1987, p. 83 et seq.; Christie, "Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus", *KJ*, (1983), p. 14-33.

75. Por exemplo, fala-se que quando duas pessoas cometem um delito parecido, não deveriam ser punidas de forma diferente porque se acredita que uma delas vá reincidir ou não vá reagir tão bem como a outra ao tratamento (Von Hirsch, Jareborg, "Neoklassizismus...", cit., p. 35). Nesse sentido cumpre destacar que, embora os objetivos da igualdade e da individualização da medição da pena se encontrem em tensão, as conseqüências que se obtenham da eventual constatação de

"desigualdades" na práxis depende em primeiro lugar do que se deva entender por desigualdade na medição da pena e de um determinado conceito de "racionalização" da mesma.

76. Von Hirsch, Jareborg, *Strafmaß...*, cit., p. 5.

77. Para uma completa exposição e desenvolvimento dessa teoria pode-se consultar: Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, passim.

78. Von Hirsch; Jareborg. "Neoklassizismus...", cit., p. 39-40.

79. Von Hirsch; Jareborg. "Neoklassizismus...", cit., p. 59-62.

80. Von Hirsch, Jareborg esforçam-se por esclarecer o mal-entendido que atribui ao neoclassicismo uma superavaliação da prevenção geral e uma tendência à agravação das penas. Consideram, como já advertimos, que a prevenção geral é a finalidade que representa a razão fundamental pela qual no direito penal moderno se procede à criminalização de comportamentos, mas assinalam que o neoclassicismo não pretende de modo algum uma maximização dessa tendência do sistema. Pois bem, a medição da pena deve guiar-se exclusivamente de acordo com um critério de proporcionalidade com a gravidade do fato. A pena deve ser proporcional à gravidade do fato para ser justa, e a pena proporcional é a pena justa porque o autor recebe a pena que "ganhou" - ou dito de outra maneira - que "merece", correspondente ao grau de "reprovabilidade" do comportamento criminal realizado; enquanto, em um sentido inverso, uma pena não proporcional é injusta porque atribui ao autor maior ou menor desvalor do que justifica a gravidade do delito correspondente (cf. Von Hirsch, Jareborg, "Neoklassizismus...", cit., p. 47 et seq., especialmente p. 50).

81. Idem, ibidem, p. 63.

82. Cf. Demetrio Crespo, *Prevención general...*, cit., p. 203 et seq.

83. Com mais detalhes, idem, p. 41 et seq., 48 et seq.

84. Ferrajoli, "Derecho Penal mínimo", *Poder y Control*, n. 0, p. 25 et seq., 1986.

85. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de N. Bobbio, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, 1995, passim.

86. Prieto Sanchís. Op. cit., p. 12, nota 3.

87. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., p. 251.

88. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., p. 252.

89. Fletcher, "Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, p. 807-808.

90. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., p. 103-104.

91. Idem, ibidem, p. 104.

92. Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", Carbonell (Ed.), op. cit., p. 13 et seq., especialmente p. 19; o mesmo, "El derecho como sistema de garantías", op. cit., p. 15 et seq.

93. Cf. VV. AA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, passim; também, por todos, Arroyo Zapatero, Neumann, Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, passim.

94. Sobre a problemática na doutrina espanhola, vide Gracia Martín, op. cit., passim; Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, passim; Mendonza Buergo, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001, passim; Sánchez García de Paz, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, passim; Silva Sánchez, *La*

expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2. ed., Madrid, 2001, passim; Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, passim.

95. Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 15.

96. Vide a crítica ao reconhecimento do direito penal da Ilustração como "clássico" realizada por Gracia Martín, op. cit., p. 48 et seq.

97. Cf. Hassemer, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)", *RDPC* 3/328 et seq., 1999; o mesmo, "Perspectivas del derecho penal futuro", *RP* 1/37 et seq., 1998; o mesmo, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Muñoz Conde e Díaz Pita, Valencia, 1999, passim.

98. Cf. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne*. Frankfurt am Main, 1986, passim; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991, passim; o mesmo, "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo", trad. Anarte Borralló, *RP* 4/54 et seq., 1999; o mesmo, "Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo - perspectivas más allá del derecho penal", trad. Demetrio Crespo, Arroyo Zapatero, Neumann, Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal...*, cit., p. 249 et seq.; Kindhäuser, "Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft", *Universitas* 3/1992; Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2. ed., Napoli, 1997, passim; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, passim; o mesmo, "Sociedad del riesgo y derecho penal", trad. Demetrio Crespo e Nieto Martín, Arroyo Zapatero, Neumann, Nieto Martín (Coords.), *Crítica y justificación...*, cit., p. 259 et seq.; Kuhlen, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *GA*, 1994, p. 347 et seq.

99. Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. Cancio Meliá, Bogotá, 1996, p. 30-31.

100. Prittwitz, "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", *La insostenible situación...*, op. cit., p. 427 et seq.

101. Sobre esse círculo de problemas, vide Portilla Contreras, "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales", *La ciencia del derecho...*, cit., p. 135 et seq.

102. Schünemann. Op. cit., p. 14.

103. Vide Gracia Martín, op. cit., p. 22.

104. Idem, ibidem, p. 155-156.

105. Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 18.

106. Arroyo. "Derecho y riesgo", *Iniuria, Revista de responsabilidad civil y seguro* 8/63, 1995.

107. Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 98.

108. Moccia, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales", *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 113 et seq.

109. Idem, ibidem, p. 114-115.

110. Donini, "Selettività e paradigma della teoria del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura*

Penale, p. 393, 1998; Cid Moliné, Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *RAP* 140/141 et seq., 1996.

111. Vide, por todos, Krüger, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff*, Berlin, 2000; Hirsch, "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 371 et seq.; Müssig, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9/169 et seq., 2002.

112. Martínez-Buján Pérez. *Derecho Penal económico*. Parte general. Valencia, 1998. p. 135.

113. Paredes Castañón. *El riesgo permitido en derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*. Madrid, 1995. p. 518 et seq.

114. Idem, ibidem, p. 483.

115. Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 32.

116. Vide a respeito as interessantes reflexões de Quintero Olivares, "El derecho penal ante la globalización", Zúñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez, Diego Díaz-Santos, *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, p. 11-25; também Bernardi, "El derecho penal entre globalización y multiculturalismo", trad. C. Portaceli Sevillano, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal* (no prelo), com abundantes referências bibliográficas; e Pérez Cepeda, "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *LH al Prof. Baratta* (no prelo).

117. Apesar das dificuldades derivadas do entendimento do *ius puniendi* estatal como uma faculdade estreitamente vinculada à soberania do Estado, no âmbito europeu empreendeu-se de uma forma limitada um caminho rumo à unificação do direito penal dos Estados membros com vistas à proteção dos interesses financeiros da União Europeia, que se iniciou com o *Convênio de 26.07.1995 estabelecido com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias*. Como resultado dessa política de cooperação intergovernamental se chegou à redação do *Corpus Juris de disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia*: trata-se de um estudo e de uma proposta legislativa feita por um grupo de expertos a pedido do Parlamento Europeu, que representa a primeira tentativa de sintetizar os princípios penais comuns da União Europeia, com o objetivo de criar um espaço judicial comum. Os últimos avanços no âmbito europeu podem ser vistos na *resolução adotada pelo Parlamento Europeu em setembro de 2003*, instando à criação de um Código Penal (LGL 1940/2) europeu que incorpore um catálogo de garantias processuais comuns, bem como a *Decisão marco do Conselho de 13.06.2002, relativa à ordem de detenção europeia e aos procedimentos de entrega entre Estados membros* [Vide, entre outras referências: Quintero Olivares, "La unificación de la Justicia Penal en Europa", *Revista Penal* 3/51 et seq., 1999; em sentido crítico, Kühl, "Europäisierung der Strafrechtswissenschaft", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109, 1997, p. 777 et seq.; e mais recentemente, por todos, Tiedemann (Ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln, passim; Tiedemann (Drt), Nieto Martín (Coord.), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, passim; Sanz-Hermida, "El futuro espacio europeo de Justicia Penal. Hacia el reconocimiento de un principio de territorialidad penal europea", *Poder Judicial* (no prelo)].

118. Cf. Barbero Santos (Ed.), *Criminalidad organizada (reunión de la Sección nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest)*, Universidade de Castilla-La Mancha, 1999, passim. A doutrina constatou uma osmose substancial entre esses dois fenômenos segundo a qual a criminalidade organizada é substancialmente econômica, e a criminalidade econômica é cada vez mais organizada, embora possa ser tida como uma consideração excessivamente genérica (sobre isso, cf. Foffani, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", trad. Pifarré de Moner, *Revista Penal* 7/55 et seq., 2001). Especialmente significativos são nesse âmbito, do ponto de vista estritamente jurídico-penal, os problemas de autoria e participação (sobre isso, vide, entre outras referências: Roxin, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 61 et seq.; Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados em organizaciones 'no desvinculadas del derecho?'", *Revista Penal* 6/104 et seq.,

2000).

119. Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 75.

120. Esse mesmo autor, que prefere a primeira das opções assinaladas, menciona como *características da dogmática da globalização* as seguintes: a) a imputação objetiva tende a perder a sua vinculação com as relações de necessidade com base nas leis, colocando no seu lugar a suficiência das relações de probabilidade; b) transformação da comissão por omissão na mera infração do dever de vigilância; c) surgimento de fórmulas de não distinção entre autoria e participação; d) inversão do ônus da prova do ponto de vista processual no que se refere às isenções, que deverão ser provadas por quem as alega em sua defesa (idem, ibidem, p. 83-85).

121. Muñoz Conde, Hassemer, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, p. 27 et seq.

122. Vide a respeito as palavras de Silva: "A aspiração *naïve* de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende acima de tudo como vítima conduz a uma aversão às formas e aos procedimentos. Estes são vistos como obstáculos, como problemas em si mesmos. Isso conduz a um questionamento dos próprios princípios formais do direito penal, que durante anos representaram precisamente a sua quintessência. Esse desprezo responde, sempre, à suposta constatação da ineficácia de tais 'formalidades'. Partindo da presunção de inocência e do princípio de culpabilidade, das regras do devido processo legal e da jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, o conjunto de princípios e garantias do direito penal são vistos como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas" (Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., p. 55-56).

123. Schünemann, "Presentación", in: Gracia Martín, op. cit., p. 13 et seq.

124. Gracia Martín. Op. cit., passim.

125. Roxin, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad", *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, 2000, p. 57-94, especialmente p. 65.

126. Baratta, "El concepto actual de seguridad en Europa", *Revista Catalana de Seguridad Pública* 8/19, 2001.

127. Diretamente ao "desprezo" do direito penal acadêmico pelos políticos, "convencidos de que os juristas não captam a realidade dos desejos do eleitor ou que são um obstáculo para o uso demagógico do direito penal ou da justiça penal" faz alusão Quintero Olivares. O mesmo autor adverte, também, com razão, que "as últimas reformas introduzidas ou a introduzir pelo legislador reforçam a imagem que os legisladores têm do direito penal: um bom campo de desenvolvimento de demagógicas e pretensiosas respostas de firmeza ante qualquer conflito que em um determinado momento inquiete a opinião pública (...). Imaginar que o que se decida nessas condições em relação à quantidade de pena é fruto de uma valoração sobre a proporcionalidade é realmente ingênuo" (Vide Quintero Olivares, "La deriva...", op. cit., notas 11, 49 e 51).

128. Sobre isso, cf. Zúñiga Rodríguez, *Bases para um modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2. ed., Pamplona, 2003, passim.