

Teorias legitimadoras da pena no Direito Penal econômico: do modelo unitário, perpassando pelo dual e problematizando o Direito Penal de intervenção

Thiago Jordace¹ RESUMO

¹ Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito/UERJ, professor universitário e advogado sócio do escritório Jordace, Medero & Garcia Advogados.

O presente estudo objetivo analisar as principais teorias legitimadoras da pena precipuamente no sistema do Direito Penal Econômico, perpassando pelo modelo unitário, dual e problematizando o Direito Penal de Intervenção. Serão abordados os principais pontos abordados pelos defensores de tais correntes teóricas, mas trazendo um estudo mais aprofundado quanto ao Direito Penal de Intervenção, justamente por ser um “meio do caminho” para a construção de uma dogmática mais adequada aos novos desafios dos delitos típicos do Moderno Direito Penal.

Palavras-chaves: Teoria da Pena, Direito Penal Econômico, Direito Penal de Intervenção.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo analizar las principales teorías legitimadoras de la pena precipuamente en el sistema de Derecho Penal Económico, pasando por el modelo unitario, dual y problematizando el Derecho de Intervención Penal. Se abordarán los principales puntos abordados por los defensores de tales corrientes teóricas, pero aportando un estudio más profundo sobre el Derecho de Intervención Penal, precisamente porque es un "intermedio del camino" para la construcción de una dogmática más adecuada a los nuevos desafíos de los delitos típicos del derecho penal moderno.

Palabras Clave: Teoría de la Pena, Derecho Penal Económico, Ley de Intervención Criminal.

INTRODUÇÃO

São previstas na CRFB/88¹ as seguintes espécies de penas: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Mesmo com previsão constitucional acerca destas medidas punitivas, a sanção aflitiva típica do Direito Penal se mantém no centro de discussão acerca de sua legitimação, adequação, viabilidade e necessidade. Se de um lado, a doutrina abolicionista capitaneada por Nilo Batista e Eugênio Zaffaroni apresenta duríssimas críticas acerca da deslegitimação desta sanção penal (e do próprio diploma repressor), sob outro viés, há as correntes legitimadoras que apresentam opções de maior racionalidade para o instrumento punitivo – muitas vezes classificado como irracional, nos dizeres de Japiassu.

Fato é a necessidade de separar o âmbito de incidência acerca do objeto de estudo acerca da pena privativa de liberdade considerando os diversos núcleos do Direito Penal, pois tratar crimes clássicos da mesma forma que os econômicos seria a mesma tentativa de misturar óleo com água – é até possível se colocar componentes químicos para viabilizar a alquimia, mas iria desnaturar o núcleo de reprovabilidade social e tutela jurídica normativa; além de desconsiderar consequências lesivas ao bem jurídico penalmente tutelado.

Portanto, o presente estudo visa problematizar a afirmação supra, sendo típica de um trapezista descuidado sem nenhuma rede de proteção, quem se aventura em manobras circenses ignorando os avisos de seus responsáveis: o embate legitimador da pena privativa de liberdade em âmbito penal econômico, desconsiderando o abolicionismo penal por necessitar de um estudo específico para tanto...sendo honesto? Também por ser um viés a não agradar o autor por entender ser inadequado a este microssistema repressor dos delitos de cavalheiros. Nos dizeres de Anabela Miranda, causa estranheza essa dinâmica de deslegitimar o Direito Penal nos crimes de colarinho branco e manter um sistema punitivo no clássico modelo. Nesse sentido, por uma estratégia de construção de reflexões e fundamentação jurídica, assim será mantido o presente estudo.

¹ CRFB/88, art. 5º, XLVI.

1 DO MODELO UNITÁRIO

Considerando as lições de Luis Gracia Martín e Artur de Brito Gueiros Souza, a solução para uma resposta penal acerca dos delitos da Ilustração e do Direito Penal Econômico é adaptar os princípios e garantias clássicas daquele para uma efetivação de política repressora eficiente no direito penal moderno. A proposta de modelo sugerida por estes autores para estruturar o direito penal em expansão é denominada de *sistema unitário*, sendo um viés de cunho legitimador do diploma repressor, ou seja, legítima e entende ser adequado e necessário o processo expansivo do direito punitivo. Aduzem os defensores desse modelo que o direito penal clássico é estruturalmente voltado à persecução de determinadas classes sociais – notadamente, as economicamente inferiores, sendo a modernização da disciplina moderna uma forma de corrigir este mal. Em outras palavras, a legitimação do direito penal econômico em bases estruturais próximas ao direito penal clássico seria uma legitimação corretiva de utilização - indevida de outrora - das ciências penais como sendo instrumento de manutenção do poder da aristocracia. Nos dizeres de Luis Gracia Martín²:

Por essa razão, a modernização não pode ser vislumbrada como um mero debate "interno" da disciplina sobre o melhor tratamento possível de um objeto – a criminalidade – já completamente constituído no campo comum e plenamente aceito, mas deve ser definida precisamente como um processo de constituição de objetos de criminalidade completamente novos e de formulação de enunciados de criminalização desses mesmos objetos, para formação de um discurso de criminalização completamente novo e fora dos limites do campo discursivo de um Direito penal constituído e estruturado como uma disciplina articulada essencialmente em torno dos postulados sociais e político-liberais da Ilustração. (...) Em outras palavras: a modernização do Direito Penal é a luta pela integração no discurso penal da criminalidade material das classes sociais poderosas que elas mesmas conseguiram até agora excluir daquele discurso graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio da legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista.

Portanto, o processo de modernização do direito penal deve significar uma ruptura total com o modelo clássico, de modo a construir um novo sistema repressor, que abarque também a criminalidade econômica, objetivando mudar o viés de repressão da classe dominada por parte da classe dominante, sendo um instrumento de garantia de

² MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*, tradução de Érica Mendes de Carvalho – Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 116-117.

liberdade. Com efeito, a norma penal em abstrato não deve – ou pelo menos não deveria – ser elaborada para destinatários específicos, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade (fundamental na estruturação do Estado Democrático de Direito). Para a corrente unitária, qualquer diferenciação no tratamento da criminalidade econômica em relação à criminalidade clássica implicaria, assim, uma lesão aquele preceito basilar, perpetuando a noção indevida de direito penal sob o viés sociológico.

Assim são as lições de Artur de Brito Gueiros Souza³:

No Brasil, v.g., criam-se, replicam-se e aplicam-se teses convencionalmente desenvolvidas para a faixa de delitos onde prepondera o alto empresariado, banqueiros e homens de negócios. O esgotamento da instância administrativa como elemento do tipo ou pressuposto de punibilidade para os delitos tributários; o pagamento ou parcelamento a qualquer tempo, com a suspensão ou extinção da punibilidade para os mesmos delitos tributários, olvidando-se, por completo, da extensão de tal benesse para os clássicos delitos contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça; teses defensivas ou mesmo declarações de inconstitucionalidade de delitos capitulados nas leis federais econômicas, como as que tutelam o sistema financeiro, o mercado de capitais ou a lavagem de dinheiro; fixação de cifras de insignificância para criminalidade marcadamente econômica em patamar extremamente superior à arbitrada à criminalidade patrimonial tradicional; importações de teorias descontextualizadas dos respectivos ordenamentos jurídicos, como, v.g., a incidência de um *ne bis in idem* entre a sanção administrativa e a sanção penal, em favor – é claro! – da primeira em detrimento da segunda, teoria essa abasileirada, acriticamente, do Direito espanhol, são exemplos dessa problemática, cada vez mais arraigada em nosso sistema jurídico.

Portanto, se a resposta penal para os crimes clássicos é a pena privativa de liberdade, igual resposta deve ser oferecida aos delitos modernos. Não é uma corrente pautada puramente em interpretação lógica, mas no princípio da isonomia. Somente assim, de acordo com a posição em comento, o diploma repressor será menos seletivo e respeitará o preceito da igualdade.

2 DO MODELO DUAL

Sob outra perspectiva, não concordando com o modelo unitário, Jesús Maria Silva Sánchez⁴ propõe um modelo dual, chamado de direito penal de duas velocidades, o qual aceita a flexibilização das garantias clássicas do direito penal da Ilustração, inerentes

³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 139.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2ª edição – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

à adaptação deste ramo para enfrentar os desafios da criminalidade moderna. Entretanto, esta flexibilização deveria corresponder a um abrandamento das sanções impostas, sem que isso signifique a despenalização das condutas atinentes à delinquência econômica.

Os adeptos deste modelo propõem a existência de dois sistemas distintos: um clássico, o qual preservaria todas as garantias individuais conquistadas pelos cidadãos no direito penal da Ilustração e, em contrapartida, cominaria sanções mais severas aos delitos previstos (direito penal de primeira velocidade); e um moderno, que relativizaria estas garantias, mas, em contrapartida, cominaria sanções mais brandas aos delitos previstos (direito penal de segunda velocidade).⁵

O critério utilizado como delimitador destes dois modelos seria a pena privativa de liberdade, por ser esta a medida punitiva que interfere na esfera individual de forma mais gravosa. Deste modo, aos delitos cuja sanção extrema fosse cominada, nenhuma flexibilização das garantias seria permitida. Por outro lado, os crimes que fossem reprimidos por intermédio de penas pecuniárias ou restritivas de direitos poderiam experimentar uma relativização dos princípios clássicos.⁶

A vantagem da adoção do direito penal como meio de tutela dos interesses difusos, quando esse não pode se valer de seu instrumento mais característico – a pena privativa de liberdade não está, necessariamente, vinculada à incidência gravosa no âmbito de liberdade individual das sanções penais. A força comunicativa daquele ramo jurídico, a autoridade do mecanismo público de persecução das infrações e a neutralidade política são algumas das razões apresentadas pelo autor espanhol para justificar a escolha do ramo penal, em detrimento do civil ou administrativo⁷. Nos dizeres do precursor da posição dualista:

(...) Nesse contexto, deve admitir-se que propor a "devolução" ao Direito Administrativo de todo o "novo" Direito Penal é, sem dúvida, uma postura louvável sob perspectivas academicistas, mas evita afrontar as razões pelas quais produziu-se essa inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível.⁸

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

A corrente em comento poderia, ademais, ser considerada elitista – na medida em que propõe a imposição de pena privativa de liberdade para aqueles delitos comumente praticados pelas camadas baixas da sociedade, enquanto os delitos econômicos, praticados pelas camadas altas da sociedade, seriam reprimidos através de penas alternativas.

Nesta perspectiva, cabe frisar que o problema da seletividade do direito penal não se esgota no debate sobre a sua modernização. Caso as pretensões do modelo dual se concretizem e o ramo repressor seja dividido em direito penal moderno e direito penal clássico, a luta pela democratização deste último não deve cessar. Ou seja: quando da persecução dos delitos clássicos, o poder punitivo estatal não pode se voltar exclusivamente aos integrantes das camadas menos privilegiadas. Mais além, as garantias clássicas – cuja flexibilização é tão ressentida – devem passar a corresponder a efetivas garantias materiais e não, como ocorre atualmente, serem seletivamente formais.

3 PROBLEMATIZANDO O DIREITO PENAL DE INTERVENÇÃO

Sob um terceiro viés, a Escola de Frankfurt, também conhecida como Grupo de Professores de Frankfurt, tendo como integrantes Hassemer, Prittwitz, Lüderssen, Herzog, Albrecht, Nauck, entre outros, apresenta duas propostas acerca da legitimação ou não do direito penal econômico para a tutela de atos lesivos ao meio ambiente: uma de cunho deslegitimador e outra reducionista.⁹

A preocupação da Escola de Frankfurt, sob o viés pseudo deslegitimador é de que, com a tendência expansiva, o direito punitivo passe a regular atividades as quais não deveriam ser objeto da intervenção penal do Estado. A avocação de tutela por parte do diploma repressor, em detrimento de outros campos jurídicos – principalmente do direito civil e administrativo – acarretaria a transformação daquela disciplina em um ramo que não respeita o princípio da *ultima ratio*.

Assim, apesar de ter o rótulo “Direito Penal”, sua adequação para suposta proteção de novos bens jurídicos “*restará, na prática, completamente distanciada de tudo*

⁹ ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o mercado de capitais*, dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre, São Paulo, 2009, p. 12.

aquilo que historicamente representou o saber jurídico-penal” (SÁNCHEZ *apud* SOUZA, 2010, p. 9). Sua modernização seria convertida em verdadeira autonegação, tornando-se precipuamente uma legislação simbólica e funcionalista.

Considerando a doutrina reducionista, também considerados adeptos do direito penal mínimo, entendem que este campo deveria ser restrito à tutela básica de bens jurídicos individuais – a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade – e deveria aplicar de forma exacerbada as garantias individuais do cidadão, inseridas na constituição e normas infraconstitucionais. Argumentam que o diploma repressor é o ramo jurídico o qual atinge os direitos dos cidadãos de forma mais severa e sua ampliação deveria ser rechaçada, em prol das liberdades individuais, ou seja, analisam sob a ótica do princípio da proporcionalidade e melhor forma de defender os direitos e liberdades individuais, pendendo a balança a assegurar estes valores considerando o mínimo do mínimo penal. Tal linha de raciocínio está intimamente relacionada à concepção contratualista de legitimação do poder estatal, em outras palavras, os indivíduos, naturalmente livres, teriam celebrado um Contrato Social (hipotético), no qual abdicariam de parte desta liberdade natural – concedendo poderes coercitivos ao Estado – a fim de possibilitar a convivência em sociedade. Tal abdicção seria acompanhada, ainda, de diversas garantias que os cidadãos poderiam opor ao Poder Público¹⁰. Neste sentido, o *ius puniendi* estatal é a expressão mais extrema do Contrato Social. Deste modo, sua utilização deve ter como objetivo apenas a manutenção daquele pacto de convivência, e deve ser acompanhada de “garantias muito especiais”. expandir o Direito Punitivo para além da proteção de bens jurídicos individuais e de interesses imediatos, com bases na concepção clássica da estrutura do crime, seria deturpar aquele campo jurídico, pois a tutela coletiva – de bens jurídicos supraindividuais – não seria de competência do diploma repressor. Nos dizeres de Winfried Hassemer¹¹:

Os âmbitos nos quais o moderno Direito Penal se concentra estão todos relacionados somente indiretamente com os cidadãos e os indivíduos. Diretamente estão as instituições da sociedade ou também do Estado. No Moderno Direito Penal, a proteção dos bens jurídicos torna-se a proteção das instituições.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2ª edição – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Características e crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais. Ano 2. N. 8. 2003. P. 56-57.

É uma questão de fundamento lógico entre o objetivo almejado e o arcabouço teórico e prático escolhidos, pois, considerando os preceitos desta corrente, a expansão do direito penal, ampliando-o sem um sustentáculo jurídico plausível seria uma questão de fé, e não ciência, ou seja, acreditar em uma escolha simplesmente por acreditar. Portanto, a ampliação da *última ratio* seria uma “cruzada contra o mal desprovida de uma mínima fundamentação racional”¹².

A corrente alemã da Escola de Frankfurt afirma que a utilização do direito penal para a tutela de bens jurídicos modernos importaria flexibilizações de garantias e direitos, as quais ocorreriam para adequar a norma repressora à defesa dos interesses difusos. Tais mudanças acarretariam a transformação – possivelmente irreversível – de um direito penal que protege o indivíduo contra o poder punitivo estatal para um direito penal do inimigo¹³, o qual protegeria o Estado contra determinados indivíduos. Assim, o diploma punitivo teria como única função a de legitimar o próprio Estado, mantendo o seu poder policial e repressor sobre a sociedade.

Por fim, defensores da corrente reducionista questionam a própria eficácia do emprego do Direito Penal como forma de combater a criminalidade econômica. Com efeito, aquela disciplina padeceria, aduzem estes juristas, de déficits de execução estruturais, quando confrontada com a tarefa de conter a delinquência moderna. Destarte, o aumento da repressão seria utilizado como mera “reação simbólica” do Poder Público, que não pode parecer inerte diante das lesões aos interesses difusos.¹⁴

Pautada em uma linha ultraliberal de defesa das construções históricas de direitos e garantias do Direito Penal da Ilustração, a Escola de Frankfurt apresenta a seguinte proposta para o amparo dos novos bens jurídicos da sociedade: criação de um direito de intervenção. Os defensores desta corrente não propugnam a total omissão de tutela contra os novos riscos, mas tão somente a não utilização do Direito Penal para este fim. A regulamentação dos interesses difusos ocorreria, assim, através de um direito de cunho sancionador situado a *meio do caminho* entre as normas penais e extrapenais.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*, p. 27.

¹³ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enimigo*, segunda edição, editora Thomson Civitas, 2006.

¹⁴ HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Tradução de Cezar Roberto Bitencourt. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. Revista dos Tribunais, a. 2, n. 8. Out/dez. 1994.

Segundo Hassemer, o direito de intervenção não seria nem o Direito Penal, nem o direito administrativo e civil. É uma proposta entre o diploma repressor da Ilustração e os ramos das contravenções. Não existiria a pena privativa de liberdade nem o estigma da sanção penal, sendo, na visão do autor, medidas mais moderadas e mais eficazes.

A construção teórica de Hassemer, acerca do direito de intervenção, não pode ser considerada uma teoria já estruturada, mas tão somente um projeto teórico ainda em construção. Nos dizeres de Nina Persak¹⁵:

(...) he does not explain in detail what is meant by "law of interventions", except that it should lie somewhere between the criminal law (strictu sensu) and the law of violations (administrative penal offenses, Ordnungswidrigkeiten), between civil and public law and that it should ensure lesser procedural guarantees but also less severe sanctions than in criminal law.

Portanto, o "meio do caminho" entre Direito Penal e direito administrativo ainda está no "meio do caminho" para estruturação, mesmo tendo despertado grande interesse na doutrina, principalmente a reducionista e a abolicionista do diploma repressor. Importante ressaltar que não deve ser confundido o direito administrativo sancionador ou direito de contraordenações com a proposta deste professor alemão, pois aquele é uma ideia já construída em bases sólidas e com preceitos doutrinários já delimitados; o direito de intervenção é um projeto – diga-se de passagem: um interessante projeto.

Antes de analisar o projeto de direito de intervenção, importante contextualizar a pretensão alemã, justamente para não parecer um sinônimo de direito de contraordenações e apresentar seus fundamentos. Para tanto, examinar-se-á a identificação do direito penal para HASSEMER, ou seja, o que este autor espera do diploma repressor, os objetivos de sua proposta e se ela é convergente com a necessária tutela jurídica penal econômica, perpassando por três pontos nodais:

- (a) tutela de bens jurídicos;
- (b) valores sociais, prevenção geral normativa e sanção penal;
- (c) expectativas sociais.

¹⁵ PERSAK, Nina. *Criminalizing harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*. New York: Springer Science, 2007, p. 56.

Quanto à tutela de bens jurídicos, deve-se verificar o fundamento e as razões de um bem jurídico penal, sendo, para Hassemer¹⁶, identificado mediante a relação com a vigência de valores éticos e sociais, refletindo a historicidade e os fundamentos de certa sociedade. Dessa forma, a percepção de bem jurídico é facilmente identificada pelos indivíduos de certa localidade, pois eles tem a convicção de ser determinado comportamento proibido socialmente. Portanto, o desvalor social seria o fundamento para eventual proibição normativa de certa conduta, vez que a sociedade estaria para a norma, e não o contrário.

A norma penal incriminadora seria um reflexo da sociedade, em outras palavras, a identificação social de desvalor de certa conduta seria transmitida e verificada nas normas de proibição. Para o autor alemão, seria incongruente proibir certo ato em abstrato se a sociedade não tivesse em seu espírito valorativo de certo ou errado uma transmissão de seus anseios.

A função da pena não seria apenas punir o agente, mas teria a função de confirmar e assegurar outros sistemas de controle social, inerentes à moralidade. Nos dizeres de HASSEMER¹⁷:

Controle social é um mecanismo que é próprio de toda vida social. Ele está presente em todos os lugares, existe em todas as comunidades humanas. Onde quer que seja, o controle social persegue - grosso modo - os mesmos objetivos, suas estruturas coincidem em essência. Apenas os seus instrumentos são adaptados aos tipos de situações em que ele intervém, bem como às circunstâncias concretas com que ele inadvertidamente se depara nessas situações. (Tradução livre)

Dessa forma, a imposição da pena seria uma autoafirmação social das normas não jurídicas, ou seja, cada vez que houvesse a imposição de pena haveria uma

¹⁶ HASSEMER *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*, USP, orientador: Pierpaolo Cruz Bottini, dissertação de mestrado, p. 33.

¹⁷ "Soziale Kontrolle ist ein Mechanismus, der allem vergesellschafteten Leben eigen ist. Soziale Kontrolle ist ubiquitär, sie existiert in allen menschlichen Gemeinschaften, sie verfolgt - grosso modo - überall dieselben Ziele, ihre Strukturen stimmen im Wesentlichen überein. Nur ihre Instrumente sind den Konstellationen angepasst, in denen sie handelt und wirken will, und den konkreten Umständen, auf die sie dabei trifft.". (HASSEMER *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*, USP, orientador: Pierpaolo Cruz Bottini, dissertação de mestrado, p. 33)

legitimação da própria sociedade e de suas pretensões.¹⁸ Diferentemente do modelo de Jakobs¹⁹, no qual a norma penal estaria para ela mesma, ou seja, a efetivação da sanção seria uma forma de autoafirmação legislativa e do próprio Estado na sua atividade de exercício do direito de punir.

Hassemer²⁰ identifica a função preventiva da pena de forma diferente da doutrina clássica: para esta, a prevenção advém do medo por parte da sociedade pelo receio de uma eventual sanção penal; para aquele, este objetivo da pena é identificado como uma internalização da mensagem penal aos cidadãos, ou seja, os indivíduos não cometeriam delitos por saberem, respeitarem e aceitarem a necessidade de cumprimento da norma.

A identificação da norma penal por Hassemer²¹ é salutar, por existir uma convergência com elementos referenciais anteriores à própria norma penal - diferente da doutrina tradicional. De acordo com sua teoria, esta teria fundamentos em sistemas morais, valores e sanções sociais, as quais exerceriam a função de reger as relações sociais, prevenindo transgressões. Este conjunto sistemático de fundamentos sociais é chamado por ele de "estruturas profundas", mediante a qual teria a função de proteger expectativas sociais, ou seja, a cada dia, a sociedade iria conceber valores de autolegitimação para indicar os atos sociais corretos e os incorretos.

Nesse contexto de fundamentos diversos da doutrina tradicional, preocupado com os efeitos negativos de uma tendência expansiva do direito penal, seguindo uma linha reducionista da Escola de Frankfurt, Hassemer²² propõe o denominado Direito de Intervenção, considerado um ramo autônomo e limítrofe ao direito penal e direito administrativo. A proposta sugere uma flexibilização de regras e garantias processuais com o intuito de tornar mais eficiente a persecução penal (*persecutio criminis*), algo mais tendente ao direito administrativo, tendo uma compensação para o imputado a impossibilidade de o apenar com pena privativa de liberdade.

¹⁸ HASSEMER *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*, USP, orientador: Pierpaolo Cruz Bottini, dissertação de mestrado, p. 33.

¹⁹ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*, segunda edição, editora Thomson Civitas, 2006.

²⁰ HASSEMER, *Loc. cit.*

²¹ HASSEMER, *Loc. cit.*

²² HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. In: Revista Síntese de Direito penal e processual penal, ano III, nº 18, 2003, p. 144-157.

Além disso, a proposta alemã abrange a possibilidade de uma punição coletiva, ou seja, flexibilização do princípio da individualização da pena quando houver uma lesão difusa com dificuldade ou impossibilidade de delimitar o real responsável pelo ato lesivo. Segundo o autor, seria uma resposta eficiente aos novos delitos econômicos praticados por grandes organizações com uma estrutura complexa para imputação.²³

A leitura crítica do autor do presente artigo em relação ao direito de intervenção é sua total negação, pois não aceita a flexibilização de garantias constitucionais e processuais em prol de uma pseudo benesse de não efetivação de uma pena privativa de liberdade. É louvável a ideia de Hassemer por apresentar uma proposta - incompleta, segundo o mesmo - como uma forma de início para um debate mais profundo, pois criticar por criticar sem apresentar uma teoria ou resposta mais efetiva é o mesmo que ter uma arma quebrada: sem nenhuma utilidade. Dos pontos críticos e incongruentes, há de se identificar os seguintes:

- a) flexibilização de garantias constitucionais e processuais;
- b) relativização do princípio-garantia de individualização da pena.

A flexibilização de garantias constitucionais e processuais justificadas por uma benesse de não efetivação de penas privativas de liberdade acarreta uma afronta ao princípio da vedação do retrocesso ou efeito *cliquet*. Quanto à nomenclatura, é assim indicada por fazer alusão ao movimento na prática do alpinismo onde o atleta não pode retornar ao local anterior quando da prática do ato, ou seja, é um caminho sem volta o qual somente é permitido prosseguir subindo o percurso. Justamente por ser impossível o retorno, o postulado é assim designado, em outras palavras, quando a sociedade conquista um direito ou uma garantia fundamental é imperioso manter o instituto, sendo proibida sua extinção; é uma proteção máxima dos postulados constitucionais fundamentais contra qualquer tentativa política ou legislativa de supressão ou relativização. Nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior²⁴:

(...) o postulado da “**proibição do retrocesso**” orienta a **evolução** dos Direitos Fundamentais, em especial os Direitos Sociais aos quais o postulado em tela está mais associado, no sentido de que, uma vez reconhecidos na ordem

²³ *Ibid.*

²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A proibição do retrocesso e o efeito "cliquet" dos direitos fundamentais*. Artigo disponível no site: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>, acesso em 01.07.2016.

jurídica, os Direitos não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade.

No plano normativo, a vedação do retrocesso protege os Direitos Fundamentais impedindo a revogação das normas que os consagram ou a substituição dessas normas por outras que não ofereçam garantias com eficácia equivalente. Já no plano concreto, a proibição do retrocesso obsta a implementação de políticas estatais de enfraquecimento ou flexibilização dos Direitos Fundamentais.

Esse postulado foi consagrado na Constituição Federal de 1988 com as chamadas **cláusulas pétreas** que impedem o próprio poder constituinte reformador de suprimir os Direitos e Garantias Fundamentais, admitindo-se apenas ampliá-los. Isto é, os Direitos são conquistas irreversíveis, não podendo retroceder, devendo apenas avançar na tutela da dignidade da pessoa humana.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, que é um dos grandes defensores deste postulado, essa proteção dos Direitos constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de conformação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os Direitos, visando sempre ao bem-estar de todos, de sorte que o núcleo essencial dos Direitos “deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”.

Quanto às garantias processuais, importante analisar a definição de "processo" e qual é o seu objetivo na esfera penal. O conceito de processo pode ser verificado em Nicolitt²⁵: "(...) o processo penal é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica, teleologicamente dirigido ao julgamento ou atendimento prático de uma pretensão penal.". Apresentando os objetivos do processo, são as lições de Paulo Rangel²⁶:

O processo penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de que, uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra os atos arbitrários por parte do Estado, pois seu *status* de não culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferentemente do que se possa pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados.

²⁵ NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal, 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

²⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 525.

CONCLUSÃO

Considerando o modelo unitário, parece ser o que mais respeita o princípio da isonomia e as bases clássicas do Direito Penal. Entretanto, manter um sistema “falido”, no dizer de Cesar Roberto Bitencourt²⁷, existindo mazelas e críticas ao seu não funcionamento ou precariedade do mesmo, não parece ser a melhor escolha. Também não parece adequado transportar um diploma repressivo clássico nestes moldes a um novo paradigma esperando proceder positivamente em resultados de controle social ou finalidades penais diversas nas quais aquele não cumpre.

Quanto ao sistema dual proposto por Jesús Maria Silva Sanchez, as premissas são bem coerentes, mas a proposta parece ser invertida diante da construção teórica. Nos dizeres de Anabela Miranda, as conclusões lógicas do autor deveriam ser ao contrário, pois todo seu raciocínio inicial é coerente se estivesse em uma resposta invertida.

Quanto ao Direito de Intervenção, justamente por ser incompleto, há que se amadurecer e manter um debate por ser eminentemente interessante, mas com alguns problemas de percalços teóricos, mas justificáveis por ser um “meio do caminho”.

Considerando as lições de Nicolitt e Rangel, estes destacam a incongruência da proposta de Hassemer por ser o processo um instrumento de garantia fundamental do cidadão e, concomitantemente ao princípio do efeito *cliquet*, impossível, na percepção do autor do presente artigo relativizar institutos fundamentais e caros para a sociedade – não parece ser um ideal alcançável.

Quanto à relativização do princípio-garantia da individualização da pena, *data máxima vênia*, Hassemer apresenta uma proposta de retrocesso aos primórdios da história humana, pois estar-se-ia retornando ao período - entendido por Roberto Lyra²⁸ – de Primitivo ou Cristão, por resgatar a punição coletiva pelo ato de um indivíduo. Volta-se ao período onde a Igreja tinha influência considerável sobre o direito penal, sendo totalmente vinculado à religião, abarcando a ideia de crime relacionado ao pecado cristão. Trata-se da era onde vigorava o exercício da vingança privada, a qual o exercício da justiça era a retribuição do mal pelo mal da forma mais conveniente ao ofendido - não

²⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, 5ª edição, editora Saraiva: 2017.

²⁸ LYRA, Roberto. *Nôvo Direito Penal – Volume I*, editor Borsoi, 1971.

raro os descendentes e os ascendentes do sujeito ativo do delito suportavam o ato vingativo, supostamente entendido como "justiça".

Entretanto, repita-se: a proposta de direito de intervenção de Hassemer deve ser entendida como algo positivo no desenvolvimento teórico do Direito, pois o autor propõe algo novo e não critica sem apresentar um fundamento melhor. Certamente, o presente escritor não estaria discutindo a melhor tutela penal tão profunda se não existisse esta teoria alemã, podendo ser considerada o embrião para a formação do direito administrativo sancionador ou direito de contraordenações.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o mercado de capitais*, dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre, São Paulo, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, 5ª edição, editora Saraiva: 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A proibição do retrocesso e o efeito "cliquet" dos direitos fundamentais*. Artigo disponível no site:

<<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>, acesso em 26.06.2023.

HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Tradução de Cesar Roberto Bitencourt. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. Revista dos Tribunais, a. 2, n. 8. Out/dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. *Características e crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais. Ano 2. N. 8. 2003.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*, segunda edição, editora Thomson Civitas, 2006.

LYRA, Roberto. *Nôvo Direito Penal – Volume I*, editor Borsoi, 1971.

MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*, tradução de Érica Mendes de Carvalho – Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*, 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*, USP, orientador: Pierpaolo Cruz Bottini, dissertação de mestrado.

PERSAK, Nina. *Criminalizing harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*. New York: Springer Science, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 23^a ed., São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2^a edição – São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais