

DELITOS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DA INTERVENÇÃO DE HASSEMER

CRIMES IN BUSINESS RELATIONS IN THE LIGHT
OF THE THEORY OF LEGAL GOOD AND THE
HASSEMER'S INTERVENTION

Henrique Viana Pereira*
Monique Pena Kelles**

*Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduado em Direito (Faculdades Milton Campos, FDMC/MG). E-mail: henriquepenal@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4927-9922>

**Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). Graduada em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG). E-mail: monique.kelles@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2185-035X>

Como citar: PEREIRA, Henrique Viana; KELLES, Monique Pena. Delitos nas relações empresariais à luz da teoria do bem jurídico e da intervenção de Hassemer. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 92-108, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p92. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente texto explorou as principais motivações do jurista alemão Winfried Hassemer na construção de sua reconhecida teoria pessoal do bem jurídico. Para tanto, de início, tratou das primeiras conceituações sobre o bem jurídico e como se desenvolveu ao longo do tempo. Em seguida, o pensamento de Hassemer foi exposto com o fim de apresentar os argumentos do autor para retomar às bases do Direito Penal, para uma formulação do bem jurídico condizente com os princípios basilares desse ramo, bem como com as garantias fundamentais da pessoa humana que inauguram e sustentam o Estado Democrático de Direito. Ao final, foi exposta sua posição quanto aos delitos negociais que visam proteger a ordem econômica, e sua proposta teórica intitulada de direito de intervenção. O que se nota é uma teoria preocupada com a tendência expansionista que afeta o Direito Penal, sem dela se desfazer por completo, mas sim, buscando traçar modelos de intervenção pelo direito que sejam eficazes na proteção dos seres humanos e seu bem-estar, e não no alargamento desenfreado do poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Bem jurídico pessoal. Delitos nas relações empresariais. Direito de intervenção.

Abstract: This text explored the main motivations of the German jurist Winfried Hassemer in the construction of his recognized personal theory of the legal good. To do so, initially, it dealt with the first concepts of the legal interest and how it developed over

time. Then, Hassemer's thought was exposed in order to present the author's arguments to return to the bases of Criminal Law, for a formulation of the legal good consistent with the basic principles of this field, as well as with the fundamental guarantees of the human person that they inaugurate and sustain the Democratic Rule of Law. At the end, his position regarding the business crimes that aim to protect the economic order, and his theoretical proposal entitled the right of intervention, were exposed. What is noticed is a theory concerned with the expansionist tendency that affects the Criminal Law, without completely discarding it, but rather, seeking to outline models of intervention by law that are effective in protecting human beings and his well-being, and not in the unbridled expansion of the State's punitive power.

Keywords: Personal legal good. Crimes in business relations. Right of intervention.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão objetiva analisar a concepção de bem jurídico desenvolvida pelo jurista alemão Winfried Hassemer. A chamada teoria do bem jurídico pessoal, que muito contribuiu para uma discussão sobre sua aplicação no ramo do Direito Penal econômico e sua vinculação com o Estado de Direito.

É importante anotar que a tutela de bens jurídicos não é a principal função do Direito Penal, porquanto essa seria a contenção do poder punitivo. Com isso esclarecido, o presente texto, ao abordar o tema do bem jurídico, entende que uma boa definição do termo influencia na eficácia da contenção do poder punitivo. Por isso, a importância de se tratar o tema.

O pensamento de Hassemer se destaca na teoria do bem jurídico por fundamentá-lo de forma a fazer valer o modelo de contenção do poder punitivo estatal por meio da aplicação racional das bases do Direito Penal. A teoria pessoal do bem jurídico ocupa um lugar de relevância na obra de Hassemer, fazendo desta uma contribuição jurídico-penal que se traduz num modelo penal consistente que dialoga tanto com a dogmática quanto com a política criminal, revelando boa parte do perfil do pensador alemão.

Como metodologia será utilizada uma pesquisa teórica, através da revisão bibliográfica de autores que se debruçam sobre o tema central do trabalho. O estudo desenvolve a partir do método de uma abordagem qualitativa, porquanto se volta não apenas a análise do tema investigado, mas também interpretação das referências selecionadas e reflexões críticas, adequadas para o aprimoramento do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Na pesquisa, busca-se responder qual seria a função da construção conceitual do bem jurídico, bem como qual é sua aplicabilidade tanto no plano dogmático quanto no plano da aplicação de política criminal. Para tanto, será verificar a explicação do próprio autor, a partir de uma fusão racional entre áreas do conhecimento que ajudam a aplicar com maior eficácia a intervenção estatal punitiva em áreas não propriamente penais.

Em linhas gerais, o autor desenvolve a teoria pessoal do bem jurídico de forma a manter os instrumentos penais de encontro com um Estado de Direito. Sua teoria se desenvolve a partir da premissa básica que o cidadão é aquele sujeito de direitos marcado, necessariamente, pela liberdade demais garantias individuais resguardadas pelo Estado, portanto, merecedor de atenção e proteção na seara penal.

A teoria, portanto, serve em muito para pensar o Direito Penal nas relações empresariais, por propor uma visão do Direito Penal garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, em detrimento da exacerbação e inflação do *ius puniendi*.

Nesse sentido, o texto busca destacar a aplicação da teoria do bem jurídico pessoal de Hassemer no âmbito dos delitos nas relações empresariais. Assim, a teoria da intervenção, do mesmo autor, também servirá para a compressão de uma possível segunda via extrapenal para lidar com delitos dessa natureza.

Nos atentando para um Direito Penal garantista, a teoria de Hassemer é discutida e pensada

para uma aplicação dentro dos limites do Estado Democrático de Direito, sempre em busca de uma sociedade em constante evolução e permanente garantia dos direitos fundamentais.

1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

É sabido que a teoria do bem jurídico é de fundamental importância para a construção do Direito Penal como hoje é concebido. Entender o bem jurídico é entender parte da função do Direito Penal, formando um pilar essencial para a correta aplicação da lei penal. Nele estão contidos os limites para formulação da legislação penal; e dele partem interpretações teológicas da estrutura do delito.

Os primeiros registros aparecem com Feuerbach no século XVIII, o qual tinha como concepção de delito aquele ato que viola o direito subjetivo de outrem, e não como um mero ato contrário à ordem jurídica. Assim, o delito seria aquela “ação que interfere no direito subjetivo de outrem” (MENTOR, 2016, p. 11), desaguando na noção de bem jurídico mais tarde formulada.

Parte de Feuerbach, portanto, a primeira tentativa de se precisar sistematicamente um referente material do delito que se revelasse necessário, racionalmente fundado e socialmente reconhecível, com o objetivo de diferenciá-lo da mera violação de dever (BECHARA, 2014, p. 91).

Por outro lado, Birbaum, em 1834, mesmo não formulando o termo “bem jurídico”, foi responsável por fazer importantes críticas às formulações de Feuerbach, desenvolvendo a ideia de que a lei penal deve proteger um objeto que seja tido como valioso para o Estado e a boa convivência social dos cidadãos (SOUZA, 2012, p. 48).

Mesmo dando o pontapé inicial para a construção do conceito de bem jurídico, atribui-se à Karl Biding maiores contribuições para o tema. Este, se centrava na figura do legislador como grande responsável para a formulação do bem jurídico. Assim, em conjunto com o próprio Estado, formulou-se o termo bem jurídico.

Franz Von Liszt também merece destaque na formulação do termo. Esse, por sua vez, considerou que o bem jurídico deveria valorar interesses sociais que antecedem a norma penal em si. Assim, valores intrínsecos à comunidade social, deveriam ser protegidos por meio da norma penal, os quais contariam com a política criminal para se tornar parte fundante do ordenamento penal.

Atualmente, o conceito de bem jurídico segue sendo motivo de discussão no ambiente acadêmico, com novas construções conceituais e críticas às antigas formulações. Fato é que os autores supramencionados são os responsáveis por construir a base do conceito que ocupa um lugar central na construção do direito penal.

Por mais que possa parecer um tanto quanto abstrato, o termo, se bem desenvolvido, pode servir como um instrumento de uso racional do direito penal. Portanto, acreditamos que o bem jurídico deva ser uma forma de nos precisar os limites de intervenção penal do Estado, que apenas

será legítima, se, na análise do tipo, se identificar a proteção do homem e sua dignidade como fim último da criminalização.

O presente texto destaca uma formulação em especial dentro do volumoso quadro de teóricos e juristas que se debruçaram sobre o bem jurídico. Winfried Hassemer (1940 – 2014) tem um papel relevante na dogmática penal, razão pela qual seu pensamento será desdobrado a seguir.

1.1 ANÁLISE DO BEM JURÍDICO NA PROPOSTA DE HASSEMER

A teoria do bem jurídico ainda hoje gera muitas discordâncias entre os estudiosos do tema, e por isso, se faz relevante buscar nos alinharmos como uma construção teórica e dela construir um caminho mais sólido para a construção de um conceito de bem jurídico que esteja em conformidade com o Estado de Direito.

É necessário pontuar, no entanto, que o direito penal não é um fim em si mesmo. Disso, decorre que sua função está na garantia dos direitos e garantias fundamentais do homem, e não na proteção do Estado e as instituições que o compõe.

Nessa perspectiva, a construção de Winfried Hassemer acerca do bem jurídico em muito contribui para delimitarmos o que se pode entender como bem jurídico dentro da dogmática penal, vez que se trata de um autor que parte de uma análise que o tem como centro de proteção penal, o homem cidadão e suas garantias fundamentais, em especial, a liberdade.

A proposta de Hassemer sobre o bem jurídico vai muito além de uma mera conceituação. O jurista tem como linha de pensamento o constante diálogo do direito penal com a política-criminal, buscando apoiar conceitos abstratos típicos da dogmática com a sua aplicação na sociedade e como se comporta na e para a contenção do poder punitivo estatal.

Importante mencionar que o autor se preocupava com o cenário de expansão do direito penal na sociedade moderna, tornando-se um dos principais críticos do movimento de expansão sem racionalização dos tipos penais, e, naturalmente, do conceito de bem jurídico. Sobre isso, expõe o autor:

(...) a tendência do legislador penal moderno de atender a bens jurídicos que são formulados de forma muito vaga e que não mais estão voltados imediatamente para interesses individuais de uma pessoa torna o direito penal difuso e muito amplo. Essa tendência produz bens jurídicos universais com uma semântica vaga. Permitem ao legislador penal a criminalização de quase todos os tipos de condutas desviadas e roubam o conceito de bem jurídico seu potencial de controle. (HASSEMER, 2006, p. 74).

A preocupação parte, essencialmente do fato de que o direito penal alargado e a construção arbitrária e indeterminável de bens jurídicos acabam por mitigar a função protetora do direito penal, função essa que visa a proteção da liberdade do indivíduo como direito fundamental, contra o poder punitivo estatal.

O diagnóstico de Hassemer é que, considerando o período pós Nuremberg, o direito

penal passa por reformas expansionistas, no qual se vê uma tendência de modificação de conceitos tradicionais no direito penal para torná-los mais abrangentes, e com isso, passar a pretensa proteção de entes coletivos e instituições, e não a proteção do homem.

Importante deixar claro que Hassemer não é contrário a modificação do direito penal conforme se altera também a sociedade em si, mas há uma preocupação em se expandir o poder de punir estatal justamente na área do direito que tem como âmago, a privação de liberdade ou limitação de direitos fundamentais.

No caso específico do bem jurídico, o problema parece se acentuar ao longo do tempo, afinal “*no tienen como objeto de proteccion sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos están formulados de forma especialmente vaga*”. (HASSEMER, 1995, p. 32).

Em termos gerais, cada vez mais se busca na punição penal a resposta para lidarmos com conflitos dos mais diversos e complexos, em nome de uma suposta segurança. É o que se observa na tendência de formulação de tipos penais de perigo abstrato e bens jurídicos que não dialogam com as propostas do direito penal clássico.

Claro, a segurança compõe também uma das “metas” do direito penal, porém, como expõe o autor:

(...) a promoção da segurança indubitavelmente também é uma meta do direito penal quando e na medida em que esse direito penal se consagra ao paradigma preventivo; a recuperação de delinquentes, a intimidação e a prevenção geral servem para minimização de crimes e, enquanto metas penas atualmente incontestáveis, entendem o direito penal também como produtor de segurança. (HASSEMER, 2006, p. 79).

Os problemas que decorrem disso são múltiplos, não sendo possível nos deter a todos nesse espaço. Centrar-se-á no problema envolvendo o conceito de bem jurídico no que diz respeito aos delitos econômicos, tendo em Hassemer, nosso ponto de apoio teórico.

1.2 A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO

Como exposto supra, a ideia por trás da teoria pessoal do bem jurídico no pensamento de Hassemer, é de que a lei penal deve ser pensada para a proteção do cidadão, e não de um ente abstrato ou coletividade. Assim, a teoria pensa o direito penal a partir do indivíduo, e não da sociedade ou Estado, nem mesmo o direito em si.

Em linhas gerais, a teoria se define no plano de um direito penal liberal, posiciona-se em total oposição às ideais autoritárias nas qual o direito seria utilizado como instrumento para disciplinar e subjugar os cidadãos a mando ou ordem de um soberano.

A delimitação acerca do bem jurídico a ser tutelado para o autor se faz relevante na medida em que “a criminalização de um comportamento sem o necessário referencial do bem jurídico constituiria uma intromissão materialmente injustificável na esfera individual, e por isso, (...)”

caracterizada como terror estatal” (HEFENDEHL *apud* BECHARA, 2014, p. 256).

Ou seja, como uma das formas de se limitar o poder punitivo, o bem jurídico penal deve ser identificável no tipo, e mais, esse bem jurídico deve, em última análise, se voltar à proteção do indivíduo cidadão.

O termo “pessoal”, portanto, põe o valor da dignidade da pessoa humana no centro de sua teoria, tornando-o mais vinculado aos valores individuais, mais concisos do que a tendência de expansão do conceito de bem jurídico com flexibilização dos princípios penais.

Considerando que há um certo grau de abstração em se delimitar o bem jurídico a ser definido no tipo, HASSEMER propõe ao menos 3 critérios para defini-los, conforme Ana Elisa Liberatore Silva Bechara descreve:

(i) a adequação da noção de bem jurídico à realidade, exigindo-se a integração das condições de vida da moderna socialização, sobretudo no que tange aos interesses universais; (ii) sua seletividade e nitidez, de modo a construir o conceito de bem jurídico um critério de proteção à liberdade; (iii) a possibilidade de compreensão social do conceito de bem jurídico, facilitando o controle democrático do legislador em relação a possíveis generalizações nebulosas. (BECHARA, 2014, p. 256-257)

Afinal, é evidente que bens jurídicos não tem existência ideal, e sim, social. Isso significa que são constituídos em processos sociais comunicativos, pode-se dizer que fazem parte de um contrato social, ou, um consenso na sociedade. Assim sendo, devem eles estar em conformidade com a proteção da pessoa, e não do Estado em si. Assim, “*una cominacion penal que solo tenga como objeto una ideología social, es por tanto, ilegítima*” (HASSEMER, 1999, p. 7).

A pergunta que se faz naturalmente ao pensar a teoria proposta por Hassemer, é se há espaço para os bens jurídicos supraindividuais e coletivos em sua construção teórica.

Hassemer não se opõe à bens jurídicos supraindividuais, caso contrário, estaria ilhado numa direção oposta ao que o direito penal vem tomando ao longo dos anos. A teoria pessoal admite bens jurídicos que visam proteção de valores coletivos, desde que calcados a proteção do cidadão numa análise individual.

O que não se aceita é que esses bens visem uma entidade que em nada contribui para a proteção pessoal do indivíduo. Ou seja, é necessário que um bem jurídico coletivo vise o bem estrar e os interesses do cidadão. Da mesma forma, não se aceita a proteção de bens jurídicos que sejam estranhos aos valores da coletividade.

O autor destaca que uma boa formulação do bem jurídico é aquela que deixa claro qual é o valor ou bem protegido, numa linguagem que não dê margem para dúvidas hermenêuticas, sendo, portanto, um bem que se visualiza concretamente.¹

Para dar um exemplo concreto de fácil visualização para compreender a ideia por detrás da teoria pessoal do bem jurídico, podemos mencionar o delito de maus tratos aos animais (que

¹ “*solo deben protegerse los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos lo que es bastante problemático em los ámbitos relacionados con las drogas y el medio ambiente*” (HASSEMER, 1999, p. 12).

sofreu alteração recentemente para aumentar a pena no Brasil²), se insere na norma penal brasileira e alemã. Na concepção de Hassemer, o tipo penal que tem como proteção os animais, não está em conformidade com os princípios penais e democráticos.

Afinal, qual seria o bem jurídico tutelado nesse tipo penal? Mesmo que se chegue numa resposta concreta, será, seguramente, algo diferente da proteção do indivíduo e sua integridade.

Isso porque não se pode atrelar a tutela do “bem-estar dos animais”, como merecedor de proteção através de lei penal. Mesmo que se advogue por uma proteção do homem atrelada à integridade física do animal, dever-se-ia, portanto, proteger a integridade de todo e qualquer animal, o que, além de impossível, não é função do direito penal.

Esse é apenas um exemplo, mas, ao analisarmos tipos penais dos mais diversos, podemos chegar a mesma conclusão: não há bem jurídico legítimo na construção do tipo, vez que valores morais e a proteção de algo que não seja o homem em si, não será (ou não deverá ser) objeto de tutela penal.

Percebe-se que a teoria pessoal do bem jurídico em Hassemer tem uma forte base constitucional. Isso se deve justamente ao fato de que o autor tem nos direitos fundamentais da pessoa humana, o cerne para a construção da lei penal. Portanto, é na lei maior que se encontra as bases mais sólidas para a produção da norma incriminadora.

De outro modo não poderia ser. Afinal, o argumento já muito conhecido de que a lei penal é a mais severa entre todas as normas produzidas, nos informa (ou deveria informar) que devemos nos ater nas garantias de um direito democrático, sob pena de banalizarmos a liberdade individual, caindo num espaço cinzento de garantias flexibilizadas sem amparo no texto constitucional.

Se faz relevante deixar claro que a teoria pessoal do bem jurídico não vê a limitação do conceito de bem jurídico como a única e exclusiva via para fazer frente ao poder punitivo estatal. Trata-se, em verdade, de um dos caminhos necessários para tanto. Ao lado de uma boa definição do conceito de bem jurídico, devem estar os princípios norteadores do direito penal.

Em especial, os princípios como legalidade, imputação individual, ofensividade e subsidiariedade, são de suma importância para o controle do poder punitivo³. Para o autor, trata-se de princípios irrenunciáveis, não passíveis de flexibilização.

Em seus textos, Hassemer defende ainda, uma teoria da culpabilidade concatenada com a base de sua teoria, na medida em que levar à sério o princípio da culpabilidade, nos evoca para responsabilizar penalmente um indivíduo, e não um grupo deles de uma só vez; o que inclui na análise, os demais princípios supramencionados.

O que se deve deixar claro é que Hassemer valoriza um direito penal modernizado, ou seja, aquele que está em constante conformidade com as mudanças da sociedade, suas necessidades, desafios e anseios. O autor não fecha os olhos para a necessidade de se expandir o direito penal para outras áreas que até então não havia tocado, como é o caso do direito penal econômico, ou

2 Lei 14.064/2020, que aumenta a pena do crime de maus tratos aos cães e gatos para de 2 a 5 anos.

3 Sobre isso: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Bogotá, 1999, p. 10 e seguintes.

direito de empresa.

O jurista se preocupa com a expansão por puro sentimento punitivo, sem apoio nos princípios penais já mencionados. Dessa forma, no que tange os delitos econômicos, o autor admite, ou, concorda que o direito penal deve intervir nesse cenário, que é, inegavelmente, a inclinação do mundo pós-moderno capitalista.

2 O BEM JURÍDICO TUTELADO NA PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Com a referida tendência expansionista do âmbito de proteção do direito penal como um todo, pode-se dizer que os delitos contra a ordem econômica contribuem sobremaneira para o alargamento do direito penal.

Fala-se em “expansão”, porque, como se verá, os delitos econômicos, são construções modernas, advindas em grande parte do processo de globalização e de industrialização, especialmente no período pós-guerra.

O que vê em alguns casos é uma antecipação da intervenção penal, noutros, uma proteção penal abstrata com extenso uso dos denominados “tipos penais abertos”, aqueles que demandam complemento de outras áreas para se determinar qual é, efetivamente, o comportamento proibido.

Em nome da segurança jurídica, mas não só desta, não se admite um crime sem bem jurídico tutelado, que é fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso (SOUZA, 2012, p. 53). Afinal, a partir do momento que se admite um alargamento dos termos usados na legislação penal de cunho econômico, está-se, também, admitindo que haja interpretações tão diversas quanto.

De forma geral, os delitos contra a ordem econômica acabam por englobar uma gama de atividades que não são delimitáveis, e precisam, em sua maioria, de complementos na seara do direito administrativo, econômico, minerário e financeiro, apenas a título de exemplo. Assim, a ordem econômica constitui um marco no qual se entrecruzam um amplo conjunto de interesses, princípios e valores (BASOCO, 2015, p. 15).

Com essas preocupações em mente, a pergunta que se analisa é: pode-se tutelar a “ordem econômica” como bem jurídico no âmbito penal?

Como resposta inicial, a resposta seria um direto “não”. Mas, para aprofundarmos no tema, o pensamento e a construção de Hassemer será utilizada como fonte teórica para embasarmos os motivos por trás da resposta negativa, que se dá, em essência, pelo respeito aos princípios penais construídos a partir de conquistas civilizatórias que constroem limitações ao poder punitivo.

Em suas palavras:

O direito penal, em seu formato de um estado de Direito Liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou promover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em

suas possibilidades de produzir efeitos. (HASSEMER, 2008, p. 227-228).

A tendência que se nota é a de flexibilização de conceitos sólidos e bem delimitados, em nome da segurança, ou, sensação desta. Ou seja,

O ideal antropocêntrico, particularizado, com referencial individual, voltado ao erigimento de um elemento crítico limitador da gravosa intromissão juridico-criminal nos direitos fundamentais do cidadão apenas em situações imprescindíveis para harmônica convivência social, passa assim a ser abandonada em nome de outro modelo, qual seja, de gerenciamento de riscos, isto é, de pretensa segurança social. (SOUZA, 2012, p. 162).

Sabemos que o mundo está cada vez mais globalizado, interligado, acompanhando as evoluções agigantadas do mundo econômico, que de mais a mais, dominam o cenário global, responsáveis por determinar o rumo da economia a nível macro.

Não se trata de negar os avanços civilizatórios, nem ao menos de se apegar a conceitos tradicionais por mero receio do que se pode colher de tamanha flexibilização. A preocupação parte das consequências negativas que já se materializaram no contexto de uma punição com base na proteção jurídica alargada.

O direito penal certamente não foi e não é formulado para dar conta de fenômenos dessa magnitude. Eis o esforço de parte da doutrina em se voltar para um direito penal que seja capaz de enfrentar os problemas aos quais se propõe, sob pena de, como diz o jargão popular “dar um passo maior que a perna”.

Pensado na legislação brasileira, poderíamos exemplificar o alargamento legislativo em questão com diversas leis e tipos penais, mas, acreditamos que os delitos contra a ordem econômica da Lei 8.137/90 com alterações substanciais pela Lei 12529/11, a qual pretende proteger por via da lei penal, a ordem econômica, tributária e relações de consumo, nos forneça bons exemplos e argumentos.

Quando se pensa o direito penal com suas clássicas modalidades de pena e responsabilização, é do direito penal individual que estamos falando, donde se observa uma ação ou omissão de fácil responsabilização. Outro caso é quando falamos da proteção da chamada “ordem econômica”, que muitas vezes tem um grupo expressivo de sujeitos envolvidos na ação ou omissão.

O desafio já se inicia na busca por compreender o que é a ordem econômica e como o direito penal pode protegê-la ou, punir o indivíduo que a lesiona.

Grande parte do desafio que essa legislação nos coloca é a busca por compreender como o direito penal pode proteger a ordem econômica, ou, punir o indivíduo que a lesiona. Contudo, os tipos penais formulados por essas legislações nos convocam para outros ramos do direito para conseguir delimitar qual é o comportamento proibido.

Como descreve Luiz Regis Prado, o legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através das tipicidades penais, o sentido que lhes foi atribuído (PRADO, 2003, p. 95). Além do mais, ao transportar um valor socialmente relevante para o âmbito

de proteção penal, deve-se fazer uma adequação desse dito valor, ao qual o direito penal está encarregado.

Por se tratar de delitos que potencialmente lesam um grupo grande de atividades, atinge-se também, um grupo grande e indeterminável de sujeitos. O que se atinge, em verdade, é a coletividade como um todo, ou, em casos específicos, lesiona-se uma atividade econômica. Como poderia, uma área que se ocupa da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder de punir estatal, tutelar a ordem econômica com seus instrumentos tradicionais de pena?

No mais das vezes, ao se analisar o fato delituoso advindo de grandes corporações estatais ou privadas, não se consegue chegar a um indivíduo que deu causa ao fato, e sim, uma gama complexa e conjunta de atos e atividades, envolvendo ações, omissões, diferentes níveis hierárquicos, até mesmo, permissões e entraves contratuais com empresas internacionais sob o manto de um sistema jurídico diverso.

Além do mais, há órgãos que se ocupam de observar a higidez das atividades econômicas, como exemplo, podemos citar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Banco Central (BACEN), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Todos esses órgãos contam com expertise própria para lidar com as atividades econômicas.

Em sua gama de atribuições, esses órgãos contam com maior amplitude de atuação e possibilidade de comunicação com Ministérios e demais órgãos que se façam necessários para a busca de aprimorar a atuação dos órgãos econômicos no país, o que não é possível pela via jurídico-penal, com intervenção limitada a regras propositalmente rigorosas.

Os órgãos mencionados, em especial o CADE, pode lançar mão de alternativas menos gravosas, porém mais eficazes e céleres no combate aos ilícitos econômicos. Isso se verifica através de aplicação de medidas cautelares, proibição de participação em processos licitatórios, interdição de direitos da pessoa jurídica, e demais medidas mais condizentes que a natureza da prática lesiva cometida.

Além do mais, o CADE, uma vez constatando a prática de cartel, por exemplo, pode aplicar sanções à pessoa jurídica envolvida⁴, como multas pecuniárias; proibição de concentração no mercado que a empresa atua por tempo determinado; imposição de venda de ativos; alienação de ativos; obrigação de informar operação ao CADE.

Contraopondo essa natureza de sanção às sanções penais, nota-se que órgãos administrativos são dotados de instrumentos sancionatórios que atingem diretamente a capacidade de atuação da pessoa jurídica que deu causa à um ilícito de natureza econômica. Diferente do que seria capaz de fazer o direito penal, portanto.

Portanto, nota-se que a natureza das sanções aplicadas pelo CADE é mais condizente com a atividade empresarial, capaz de punir entes coletivos por práticas de ações administrativas que interferem na concorrência de mercado, e em última análise, também na ordem econômica como

⁴ O caso ilustrativo das sanções aplicadas pelo CADE, referem-se a decisão publicizada no ano de 2014 condenando pela prática de cartel, grandes empresas do setor de cimento, através do processo administrativo 08012.011142/2006-79.

um todo.

Assim, tomando como pressuposto que práticas ligadas a atividades empresariais e comerciais se tornarão cada vez mais frequentes e até mais complexas, é importante que se (re) avalie a posição do direito penal para o enfrentamento de condutas que intervenham na ordem econômica.

Não se está dizendo, é importante ressaltar, que o direito penal deva sair de cena por completo, e sim, que talvez a resposta até então oferecida, através das tradicionais medidas penais, não seja a melhor resposta. É hora de pensarmos uma intervenção mais eficiente para o combate e controle dessas atividades potencialmente criminosas.

Na prática, o que se afere em países como o Brasil é a administrativização do Direito Penal na seara econômica, o que é negativo, visto que consagrada de ilegítima utilização deste gravoso meio de intervenção do Estado (SOUZA, 2012, p. 169).

Por esse motivo, pensar numa delimitação do conceito de bem jurídico é, não só relevante, como extremamente útil para que nos atentemos quanto às finalidades do direito penal na sociedade, quais são seus instrumentos e como pode e deve ser usado em favor da sociedade.

Afinal, qualquer instrumento de poder requer que seja utilizado com cautela e apenas em casos que se demande uma solução repressiva, como preconiza o princípio da subsidiariedade, o qual se vincula o direito penal.

Com isso, os ensinamentos de Hassemer formam um valioso instrumento de pesquisa para pensarmos o papel do direito penal na proteção da ordem econômica. Uma de suas mais notáveis contribuições nesse campo é a ideia de direito de intervenção. É o que se verá a seguir.

3 O DIREITO DE INTERVENÇÃO

Com o reduzido espaço nesse texto, será possível apenas apresentar a chamada teoria da intervenção de Winfried Hassemer, elaborada no final do século passado, que em muito contribuiu para a construção de um direito penal mais racional e condizente com os problemas atuais no que diz respeito aos delitos econômicos.

Antes de adentrarmos na teoria em si, é importante deixar claro que essa teoria nunca foi posta em prática, servindo mais como um modelo teórico em construção, do que um modelo testado na prática.

Por se tratar de uma teoria com linhas sólidas de desenvolvimento, e muito pertinente com a crescente expansão do direito penal para o ramo administrativo, a teoria da intervenção é elogiada por muitos estudiosos do direito, carecendo, ressaltado, de desenvolvimento em alguns pontos que mereçam maior atenção.

Construindo uma ponte entre direito penal e direito administrativo sancionador, a teoria da intervenção propõe uma resposta para lidarmos com os crescentes delitos econômicos, com previsão de uma maior interdisciplinaridade entre os ramos do direito.

O que torna essa teoria peculiar no próprio pensamento de Hassemer, é que há possibilidade de sanção aplicada à bens jurídicos supraindividuais, justamente por concordar que há uma dificuldade peculiar em se traçar uma responsabilidade penal individual em delitos econômicos.

O direito de intervenção se desenvolveria a partir de regras mercadológicas, com a possibilidade de um controle estatal mais sutil e preventivo (ante a possibilidade de adoção de regras de controle interno e externo escoradas no direito de polícia), passando ao largo das questões relativas à imputação e à culpabilidade e sem as amarras de um processo hermético como é o processo penal, garantindo-se ao acusado, a seu turno, a certeza da impossibilidade de submissão a penas privativas de liberdade (MENTOR, 2016, p. 86).

A noção por trás do direito de intervenção não passa pela criação de uma nova instância ou um novo ramo do direito com regras próprias, e sim, uma via possível de aplicação de sanções menos repressivas do que o direito penal com a contribuição das sanções do direito administrativo sancionador.

Nesse ponto, a pena privativa de liberdade seria descartada, vez que não teria uma função benéfica para a proteção de bens jurídicos coletivos e supraindividuais.

A linha que se traça entre essas duas esferas se dá por sua proximidade no trato com as sanções. Se de um lado o direito penal é rico em sanções graves, que necessariamente limita ou cerceia os direitos fundamentais do cidadão, do outro, no direito administrativo sancionador, temos regras que também podem limitar garantias individuais, mas nunca com a previsão de privação de liberdade.

No mais, cada esfera tem suas garantias conforme a natureza da sanção que se aplica. Sem dúvida, o direito penal, por ser mais repressivo, conta com garantias, além de plenamente justificadas, bem definidas e rígidas, o que pode levar a morosidade da aplicação das sanções, até mesmo para a formação da culpa do indivíduo infrator.

Por trás da ideia do direito de intervenção, Hassemer pretendeu colocar mais energia na efetividade das sanções aplicadas à delitos de natureza econômica, do que na natureza simbólica da repressão penal ou falta de efetividade das sanções advindas do direito administrativo sancionador.

Ou seja, o direito de intervenção tem como foco maior a proteção e elaboração de uma legislação que tenha como objetivo a proteção do indivíduo, ou pelo menos, que o tenha como referencial identificável. Em suas palavras:

O direito penal, em seu formato de um estado de Direito Liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em suas possibilidades de produzir efeitos. Sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade (HASSEMER, 2008, p. 227-228).

A nota marcante do direito de intervenção seria, pois, a adoção de um complexo sistema de regras de prevenção técnica, aglutinando em um único ramo do direito normas sancionadoras

oriundas do direito administrativo, do direito civil (responsabilidade civil por danos), do direito tributário, do trabalho e do direito penal, ocupando-se de uma contenção prematura de perigos em lugar de uma resposta penal posterior à lesão do bem jurídico (HASSEMER, 1998, p. 40).

A proposta de Hassemer em muito se assemelha com aquela elaborada por Silva Sanchez, com o chamado direito penal de segunda velocidade. Ambos partem da análise de que há uma expansão no direito penal para setores que não lhe são próprios, e assim, merecem uma revisão e (re)adequação para que as funções do direito penal não sejam mitigadas; e ainda, convergem os autores para a utilização de institutos do direito administrativo, especialmente para os ilícitos econômicos. Em suas palavras:

(...) seria razoável que um direito penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (penas de multa; privativa de direitos; sanções que recaem sobre a pessoa jurídica) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. (SILVA-SANCHEZ, 2013, p. 189).

Por mais que as alternativas elaboradas por ambos os autores seja aproximada e partam de uma sensação comum de que, o direito penal da forma como é estruturado não consegue responder a todos os ilícitos de forma satisfatória à sociedade, propõem, cada qual a sua maneira, uma alternativa para o ramo econômico se aproximar do direito administrativo sancionador.

Nos parece ser essa uma alternativa inteligente e possível, vez que calcada na busca por solucionar problemas crescente quanto à aplicação de sanção para atividades ilícitas de natureza econômica.

Certamente ambos recebem críticas dos estudiosos. No caso da proposta de Hassemer, nota-se que há uma certa superficialidade no tema. Como já mencionado, isso se dá, acreditamos, por falta de maiores detalhes na aplicação da teoria da intervenção. No caso de Silva-Sánchez, depreende-se de sua proposta que, por mais que se rechace a pena privativa de liberdade, o Direito Penal de segunda velocidade seria também um direito penal, em nada alterando a forma como se conduz a análise de um ilícito na ordem econômica.

Acredita-se, porém, que a falta de profundidade que a teoria de Hassemer apresenta se dê mais pela interrupção de seus estudos no tema, do que por falta de coerência com o sistema penal e administrativo. Em verdade, é mais uma oportunidade para os estudiosos em direito penal se aprofundarem nos estudos deixados pelo autor.

Fato é que o direito penal está em expansão, e é dever dos estudiosos se debruçarem sobre as causas e consequências desses processos, e apontar, se for o caso, melhores alternativas para lidar com o também crescente setor econômico no direito à luz da constituição.

CONCLUSÃO

A partir do pensamento de Hassemer, tem-se claro que há uma valorização dos interesses do homem, individualmente, dentro de uma sociedade. Tratando-se dos fins do direito penal, é o homem que deve estar no centro da proteção pela lei penal, abarcando caminhos seguros para a concretização da dignidade da pessoa humana.

O Estado deve, assim, proteger esses interesses. Ao revés, estaríamos abrindo espaço para que o Estado, através do poder de punir, passasse a formular tipos penais que visam sua própria proteção, inflando seus poderes e por consequência, limitando a liberdade e garantias do cidadão.

É com essa linha de raciocínio que Winfried Hassemer desenvolve a teoria pessoal do bem jurídico, revelando em seus escritos, grande preocupação com formulação de tipos penais abstratos e perigosamente amplos, vez que, o que é difícil de delimitar, pode gerar interpretações múltiplas, causando insegurança jurídica e arbitrariedades.

Assim, a partir da análise do tema pela pesquisa teórica desenvolvida através da revisão bibliográfica em uma abordagem qualitativa, foi possível depreender que a tendência que se configura no âmbito do Direito Penal é a expansão dos pressupostos de punibilidade para o setor econômico, o que é natural e desejável para o desenvolvimento das atividades humanas, desde que ocorra de forma racional e necessária. O que o texto buscou traçar foram os motivos da preocupação de Hassemer, além de delinear princípios democráticos e do próprio Direito Penal que não podem ser desrespeitados.

Eis o cenário que se põe para os pensadores do Direito Penal constitucional daqui em diante. Formular propostas e estratégias no campo dogmático, bem como no processo legislativo e de política criminal, que possibilite a expansão do direito penal, mas, sempre na direção da preservação dos limites democráticos e constitucionais, mantendo as garantias individuais intactas, em plena conformidade com a limitação do poder punitivo e do fortalecimento de Estado de Direito.

Adequar as normas do direito penal clássico com suas funções e sanções mais tradicionais, em conjunto com outras formas de punição e prevenção de eventos delituosos levam a um caminho mais adequado para uma sociedade que busca a garantia do cumprimento da norma. Mais ainda, a prevenção de eventos danosos, limitando os riscos e ajustando às tendências globalizantes do mundo.

REFERÊNCIAS

BASOCO, Juan Maria Terradillos. Derecho penal económico: lineamientos de política penal. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, ano 9, n. 35, p. 7-36, 2015. Disponível em: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/109/104>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 30 set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 25534, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 1 nov. 2022.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan; HASSEMER, Winfried; BARATTA, Alessandro; MELOSSI, Dario; MUÑOZ, Jesús Antonio; EDWARDS, Susan; TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la; RAMÍRES, Juan Busto; APAUL, Wofl. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica, ConoSur, 1995. p. 23-36.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal, fundamentos, estrutura e política**. Tradução Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcellos. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. Tradução Enrique Anarte Borrillo. **Revista Penal**, Valencia, ano 1, p. 37-42, 1998.

HASSEMER, Winfried. Sobre a arquitetura de um direito penal da segurança. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. *Revista Direito Público*, [s. l.], n. 14, p. 73-85, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1411/877>. Acesso em: 1 nov. 2022.

MENTOR, Diogo. **Teoria de intervenção**: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TAVARES. Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Como citar: PEREIRA, Henrique Viana; KELLES, Monique Pena. Delitos nas relações empresariais à luz da teoria do bem jurídico e da intervenção de Hassemer. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 92-108, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p92. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/10/2021.

Aprovado em: 31/05/2022.