



Universidades Lusíada

Souza, Luciano Anderson de
Tojal, Tarsila Fonseca

Os desafios na interpretação e aplicação do direito penal brasileiro atual

<http://hdl.handle.net/11067/7193>
<https://doi.org/10.34628/ffef-2j35>

Metadados

Data de Publicação	2023
Palavras Chave	Direito penal - Interpretação e construção - Brasil
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 29 (2023)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-07-02T09:16:03Z com informação proveniente do Repositório

OS DESAFIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ATUAL

CHALLENGES IN INTERPRETATION AND APPLICATION OF CURRENT BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Luciano Anderson de Souza¹
Tarsila Fonseca Tojal²

DOI: <https://doi.org/10.34628/ffef-2j3>

Resumo: A interpretação e a aplicação do Direito Penal brasileiro perpassam por momentos desafiantes. Não apenas a metodologia tradicional vê-se cotidianamente equacionada pelo expansionismo penal em curso nas últimas décadas, como a postura da jurisprudência, o conteúdo mesmo das regras penais, mormente de matriz diferenciada – isto é, penal econômica –, como a internacionalização deste ramo jurídico, colocam em xeque antigas balizas, conformando um novo limiar, significativamente distanciado daquele imaginado pelos positivistas.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Aplicação do Direito Penal; Expansão jurídico-criminal; Direito Penal Econômico; Jurisprudência brasileira.

Abstract: Interpretation and application of Brazilian Criminal Law are going through challenging times. Not only is the traditional methodology seen on a daily basis by the criminal expansionism underway in recent decades, but also the stance of jurisprudence, the content of criminal rules, especially of a different matrix – that is, economic criminal –, as well as the internationalization of this legal branch, call into question old guidelines, creating a new threshold, significantly different from that imagined by positivists.

Keywords: Legal interpretation; Criminal law application; Legal-criminal

¹ Professor Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

² Bacharel e Mestranda em Direito Penal pela USP.

expansion; Economic criminal law; Brazilian jurisprudence.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O papel da jurisprudência brasileira; 3. O Direito Penal Econômico e sua complexa interpretação; 3.1. Desafios estruturais trazidos pelo Direito Penal Econômico; 3.2. Desafios conjunturais trazidos pelo Direito Penal Econômico; 4. Aspectos da internacionalização do Direito Penal; 5. Perspectivas sobre a interpretação e aplicação do Direito Penal brasileiro; Bibliografia.

1. Considerações iniciais

A interpretação e a aplicação do Direito Penal consistem em tarefas bastante complexas, mormente nos dias que correm, marcados por profunda inflação legislativa, fruto do expansionismo penal levado a efeito principalmente nas últimas décadas. A aferição do preciso regramento vigente e incidente ao específico caso concreto, assim como a conclusão por seu verdadeiro sentido e alcance, não raro enseja uma análise aprofundada, que desvela como ingênua a intenção dos revolucionários franceses de “*suprimir a interpretação*”, tornando o magistrado em singela “*boca da lei*”³.

A conformação estatal do século XIX, minimalista, equilibrava-se sobre o binômio *poder e sua contenção*, advindo da desconfiança institucional sobre a atuação dos agentes estatais em contraposição ao modo de governar experimentado no Antigo Regime. Com o escopo de evitar o arbítrio estatal, o Estado Moderno Democrático ergue-se sobre o tripé composto pela noção moderna de Constituição, pela separação dos poderes e pela positivação dos direitos fundamentais do indivíduo. A limitação da atividade jurisdicional revelava-se imprescindível aos olhos iluministas, pois era no seu desempenho que até então se consubstanciava a faceta mais evidente dos desmandos repressivos⁴.

Nesse contexto, o mister daquele que aplicava a lei foi constricto ao exercício dedutivo, como se a imediata solução a todas as controvérsias trazidas a juízo já estivesse estampada nos textos normativos – a letra fria da lei – e como

³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 128. Sobre o tema, ainda, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 191-192. Aliás, o silogismo legal pretendido já ao século XVIII mostrou-se, desde a crise do positivismo, como algo necessário, porém não suficiente, para se apreender o método jurídico-penal, conforme as precisas palavras de Cláudio Brandão, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

⁴ Nesse sentido, e sob a ótica específica do tema do abuso de autoridade, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. O tratamento penal ao abuso de autoridade no Direito brasileiro. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ALMEIDA, Júlia de Moraes; FERRARINI, Luigi Giuseppe (orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvin August de Sá*. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 330 e ss.

se o direito positivo estivesse contido na lei escrita⁵.

O objetivo por detrás de tais medidas, legítimo ao momento histórico em que foi concebido, mostrou-se todavia imediatamente inalcançável; a disciplina jurídica enseja inúmeros esclarecimentos, já que é formada pela linguagem, composta por meio de signos, variáveis no tempo e no espaço. Ademais, a regra legal deve ser conformada com outras regras e harmonizar-se com o conjunto de preceitos do ordenamento jurídico, ou seja, há de se proceder à sistematização do Direito.

Paulatinamente caiu por terra a compreensão dos Códigos como teoremas. Tomou seu lugar a ideia de que, para obstaculizar o sombrio arbítrio estatal, que mesmo hoje insiste em espreitar até as mais consolidadas democracias, é essencial manejar as diversas fontes do Direito em toda sua extensão e dinamicidade e, em seguida, estabelecer os critérios aptos para sua escorreita interpretação, o que se mostra um desafio a parte.

No que diz respeito ao Direito Penal, objeto específico deste ensaio, o tema é sensível, já que sua interpretação e aplicação têm o potencial de afligir as mais caras garantias do indivíduo, sendo a liberdade apenas uma delas. Entre suas fontes, pode-se dimensionar, hoje, o papel da jurisprudência e da internacionalização do Direito Penal, que, em certa medida, abalam a definição formal do *crime* como “*toda conduta que o legislador sanciona com uma pena*”. Ainda, há que se equacionar um dos grandes protagonistas da exasperação penal dos últimos anos – e sem qualquer sinal de desgaste nesta tendência: o Direito Penal Econômico, cuja matriz e lógica fogem completamente do ramo jurídico-penal tradicional.

Nesse ambiente, persistem inúmeras dúvidas acerca de qual o melhor caminho a seguir na atividade de interpretação e aplicação normativa. Essa parece ser a marca do Direito Penal brasileiro hodierno.

2. O papel da jurisprudência brasileira

Um das mais significativas complexidades que envolvem o Direito Penal no Brasil atual é aquela que envolve os limites do Poder Judiciário em sua interpretação e aplicação.

A expansão da autoridade conferida aos tribunais é uma tendência perceptível no cenário global desde pelo menos o início do século XX e com mais vigor a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando diversas nações passaram por processos de constitucionalização e reconstitucionalização. O fenômeno é analisado sob diferentes lentes pelos estudiosos, havendo quem o associe às lacunas do sistema representativo, entre elas a sua incapacidade de cumprir com todas as promessas, próprias da ordem democrática, incorpora-

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002, pp. 55-56 (nr. 4).

das às constituições contemporâneas, bem como a profunda desconfiança em relação aos representantes⁶.

Oscar Vilhena Viana identifica que, no caso brasileiro, a preeminência conferida aos tribunais é ainda mais acentuada, decorrente da somatória do caráter ambicioso do texto da Constituição Federal de 1988 com a gradativa concentração de poderes na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, a ponto de afetar o equilíbrio da separação de poderes⁷. Efetivamente, muitas vezes o Poder Judiciário tem sido acusado de invadir a esfera dos outros poderes, o que é negado ou, normalmente, justificado sob o argumento de omissão desses últimos.

De certa forma, pode-se dizer que os tribunais brasileiros, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, vêm sendo convocados como importantes peças na produção de consenso pelo Estado, que, inclusive, lança mão da espetacularização e da superpersonalização do poder como estratégias de legitimação⁸. Nesse sentido, a título exemplificativo, vê-se o destaque dado à agenda e aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que, para além de estamparem os noticiários, são transmitidos em tempo real pela “TV Justiça” e por plataformas virtuais. A população, assim, habitua-se progressivamente com “o fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”⁹.

As muitas insuficiências de técnica legislativa reveladas nos últimos anos também têm conduzido ao protagonismo de uma espécie de *intervenção judicial corretiva*, que traz à tona a polêmica entre uma interpretação em sentido estrito e o *desenvolvimento continuador do Direito*, expressão que se aproxima da noção de “ativismo judicial”¹⁰. O debate é permeado pelo receio de uma usurpação, pelos tribunais, de funções legislativas, especialmente em matéria penal¹¹.

⁶ O temário é analisado, de forma mais aprofundada, por VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008, pp. 442-444.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 444.

⁸ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978, p. 1 e 245 e ss.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit., p. 442.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 13; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, pp., 11-21, 2014, pp. 11-12.

¹¹ No recorte apresentado por Silva Sánchez, em sua apresentação da obra de Kuhlen, esse receio recai sobre o tema da “*interpretação conforme a constituição*”: “*En efecto, no es fácil determinar cuáles de las interpretaciones de un texto son conformes y cuáles, en cambio, contrarias a la Constitución. A partir de ahí, debe reconocerse el riesgo de que la ‘interpretación conforme’ no sea tal, sino que se convierta en una*

Não se olvida, de toda forma, que a superação da ideia iluminista do juiz como mero locutor da lei exige compreender seu papel na *produção* de direito, o que abrange o processo de interpretação do texto normativo, a conjugação entre esse enunciado e os fatos analisados e, enfim, a definição da norma de decisão¹². Nesse diapasão, Jiménez de Asúa¹³ pondera que o julgador detém, sim, uma função “*recriadora*”, de modo que se aceita o complemento das normas de cultura, desde que o juiz se obrigue a respeitar as regras objetivas¹⁴. Ressalte-se que estas, contudo, não são estáticas, sendo essencial o papel do intérprete que as aplicará ao caso concreto. Demais disso, mesmo sendo vedado ao juiz criar diretamente o Direito, ele precisa de um certo poder de adaptar a lei antiga às necessidades dos tempos, não se podendo negar certa “*interpretação progressista*”¹⁵.

Nessa linha entre a interpretação constitutiva do direito e o ativismo judicial, ressalta-se o atual papel da jurisprudência como fonte do Direito Penal brasileiro, ao menos em sentido complementar¹⁶. O conjunto de julgados dos tribunais, superiores ou não, mas precipuamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tem revelado um papel importante no sentido de orientar ou até mesmo de obrigar as instâncias inferiores na adoção de determinados posicionamentos em relação às leis penais.

Entre outras decisões paradigmáticas, com efeitos legiferantes, o Supremo Tribunal Federal procedeu ao reconhecimento de tutela do povo judeu na Lei de Racismo¹⁷, ao afastamento da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸, ao reconhecimento do aborto de fetos anencefálicos como indiferente penal¹⁹ e à contemplação da homofobia e transfobia como crimes de racismo²⁰.

verdadera modificación de la ley penal”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 14.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso...*, cit., pp. 55-57.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 436.

¹⁴ Não é à toa que, neste contexto, nota Brandão: “No âmbito da tipicidade, reconhece-se a possibilidade de aplicação supra-legal do direito em face da interpretação material de seu conteúdo, isto é, do bem jurídico. A argumentação que fundamenta dita abertura cognitiva ‘in bonam partem’ do método penal é a ausência de lesão ou perigo de violação àquele conteúdo, sendo sua forma mais presente na jurisprudência dos tribunais traduzida no princípio da insignificância, embora ela também possa ser traduzida na forma do princípio da adequação social”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal...*, cit., pp. 222-223.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de...*, cit., p. 441.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006, p. 110.

¹⁷ HC nº 82.424/RS, do STF.

¹⁸ ADPF nº 130/DF, do STF.

¹⁹ ADPF nº 54/DF, do STF.

²⁰ ADO nº 26/DF, do STF.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o artigo 103-A²¹ na Constituição Federal de 1988 e, com isso, inaugurou uma nova faceta da autoridade adquirida pelo Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias judiciárias brasileiras. O dispositivo, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, autoriza a Suprema Corte a editar súmulas com caráter vinculante²², ou seja, com força de lei, o que a eleva à condição de verdadeira fonte material de Direito²³. Isso, sem mencionar a tão frequente edição, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, de enunciados sumulares não vinculantes, que não deixam de conformar, ainda que de forma não absoluta, o modo de decidir dos tribunais do país²⁴.

Paradoxalmente, a proeminente atuação jurisdicional faz sobrelevar também a relevância da crítica doutrinária, pois, muitas vezes, o posicionamento adotado por parte majoritária jurisprudência, em reiteradas decisões ou mesmo por súmulas editadas, não se revela o mais adequado, devendo-se deflagrar uma necessária reflexão com vistas à sua superação.

Isso ocorreu em 1996, *e.g.*, quando o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 174 – posteriormente cancelada –, que equiparava a *arma de brinquedo* a *arma*, para fins de reconhecimento de causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, inciso I). Recentemente, ainda, *v.g.*, esse mesmo tribunal superior editou uma série de súmulas questionáveis sob o aspecto dogmático, como a de nº 582²⁵, que antecipou o momento da consumação do crime roubo, e

²¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

²² Atualmente, existem mais de 10 súmulas vinculantes em matéria penal e processual penal, as de números 9, 10, 11, 14, 24, 26, 35, 36, 45, 46 e 56.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1, p. 136; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, cit, pp. 444-445 e 450.

²⁴ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. I, p. 105.

²⁵ A súmula, aprovada em 2016, possui o seguinte teor: “*consume-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada*”.

a de nº 599²⁶, sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública²⁷. Não demorou muito até o próprio Superior Tribunal de Justiça se desdizer em relação à Súmula n.º 599 e, sem revogá-la, aplicar o princípio da insignificância a uma hipótese de suposto dano ao patrimônio público: um cone de rua avaliado em menos de R\$ 20,00 (vinte reais)²⁸⁻²⁹. Por óbvio que, no caso, não se evidenciava qualquer interesse estatal em jogo que justificasse a persecução penal do suposto autor da avaria.

Esse precedente demonstra, não obstante, o risco de a atividade jurisdicional com aspiração ou vocação legiferante, no lugar de corrigir descompassos entre a lei e a realidade, opor-se à racionalidade do ordenamento jurídico e aos fundamentos irrenunciáveis que orientam a aplicação do direito penal. Ilustra-se, assim, a importância da reflexão por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos acerca das decisões judiciais.

3. O Direito Penal Econômico e sua complexa interpretação

A interpretação do ramo jurídico-penal depara-se, hoje, com um particular pano de fundo: a constatação de que uma das molas propulsoras do expansionismo penal nas últimas décadas reside na imbricação entre o Direito Penal e a Economia, exponenciada pela globalização econômica e pela integração supranacional³⁰. Com efeito, os crimes econômicos representam um especial catalisador de um alargamento penal sem precedentes.

A globalização econômica e as crises financeiras globais que acometeram o século XX – e que não cessaram no século XXI – conduziram a uma politização da economia de mercado global e à reunião de esforços institucionais para

²⁶ Consoante a súmula nº 599, aprovada em 2017 pelo STJ, “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

²⁷ Contra a absurda compreensão jurisprudencial, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 185.

²⁸ O acórdão que concedeu ordem de *habeas corpus* ao indivíduo denunciado por avariar o referido cone de rua pontificou que, “a despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada”. STJ, RHC nº 85.272/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14 ago. 2018, publicado em 23 ago. 2018.

²⁹ Apenas a título de esclarecimento, destaque-se que, na data dos fatos, 4 de novembro de 2013, o valor de R\$ 20,00 (vinte reais) equivalia a € 6,59 (seis euros e cinquenta e nove centavos).

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

aplacar os riscos advindos desse contexto, haja vista a magnitude dos danos por eles representados³¹. Nesse novo marco econômico, a variedade de comportamentos que ferem bens jurídicos dignos da tutela penal instiga a busca por respostas adequadas em termos político-criminais e o reexame, agora sob uma nova perspectiva, “*da validade dos antigos tipos penais e das construções dogmáticas deles emanadas*”³².

Esse tema ilustra com acuidade a relação singular entre a dogmática e a prática jurídica, esta última plasmada na atividade judicial de interpretação e subsunção da norma. Existe uma afinidade lógica – e uma verdadeira identidade – entre os enunciados de uma e de outra, de modo que a “*jurisprudência exercita uma dogmática autoritativa e transforma a razão pura (teórica) em razão prática*”³³. Se há um vínculo entre a racionalidade do cientista do direito e da jurisprudência, as dificuldades enfrentadas pelo primeiro em seu campo de atuação necessariamente serão reproduzidas e potencializadas pela segunda, agora com o “*acréscimo de força vinculante que escapa ao teórico*”³⁴.

A criminalidade econômica vem sinalizar a importância de a hermenêutica não se fazer “*ensimesmada*”, isto é, voltada para dentro de si mesma. Enquanto um dos principais componentes do Direito Penal da sociedade de risco, o Direito Penal Econômico coloca-se diante de dois grandes desafios que tornam o seu manejo pelo operador jurídico repleto de estranhamentos³⁵.

3.1. Desafios estruturais trazidos pelo Direito Penal Econômico

Esse primeiro desafio revela-se no descompasso apriorístico entre a Teoria Geral do Delito e o Direito Penal Econômico. E, com isso, não se está a falar apenas de aspectos novidadeiros dos temas trazidos à baila pelo regramento penal econômico, mas da afetação de características há muito consolidadas acerca de toda e qualquer conduta criminosa.

Como aponta Juarez Tavares, a Teoria do Delito constrói-se a partir de “*reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa*” e, desse

³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del dercho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 159-160-161.

³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del dercho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 160-161, tradução livre.

³³ SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 87-93, 2018, p. 89.

³⁴ Idem.

³⁵ O tema é tratado com maior profundidade em SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do..., cit., pp. 62-88.

modo, impõe balizas à atividade jurisdicional, impedindo-a de se tornar um exercício criativo e de ultrapassar os limites do texto constitucional³⁶. Parte das reivindicações imediatistas atreladas ao Direito Penal Econômico, por outro lado, são no sentido de ampliar – quando não abstrair – o significado das condutas proibidas, o que acaba por alargar – quando não sublimar – a fronteira interpretativa dos julgadores.

Os paradigmas que nortearam a evolução da Teoria Geral do Delito por autores alemães, destacadamente a partir de final do século XIX, são bem conhecidos, relacionados ao crime doloso de ação, que produz resultado material, é cometido por um único sujeito bem determinado, ou por um limitado número de indivíduos, e é aferível por uma relação de causalidade direta. A teoria, também denominada de teoria do fato punível, parte desse quadro para estabelecer os pressupostos gerais da ação punível e os respectivos requisitos de imputação.

É nítido o conflito entre esse modelo e o Direito Penal Econômico, a começar pelas origens históricas deste último – que remetem aos momentos de recessão econômica das primeiras décadas do século XX – e sua maturação em países de tradição anglo-saxã, da *common law*. No estudo da criminalidade econômica, de fato, termos como *Tatbestand* dão lugar a outros como *compliance*, *whistleblowing* e *willful blindness*³⁷.

O Direito Penal Econômico, a princípio, não exprime pretensões generalizantes e nem nutre maiores preocupações de respaldo filosófico. Pauta-se, notadamente, na apresentação de soluções concretas e eficazes a demandas práticas e pontuais, incompatíveis com a delongada reflexão teórica e sistemática sobre o Direito Penal, cuja racionalidade remete à intervenção penal mínima³⁸. Aqui se desnuda com clareza o desafio do método tópico-hermenêutico do pós-positivismo, apontado por Cláudio Brandão³⁹.

³⁶ TAVARES, Juares. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28.

³⁷ Cf. no ponto, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 267.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do...*, cit., pp. 98-99. Sobre o tema, Helena Regina Lobo da Costa expõe que “o fato de a legislação penal no âmbito econômico ter se desenvolvido de modo intrinsecamente ligado a momentos de crise econômica fez com que (...) tal desenvolvimento se desse de modo apartado de uma reflexão sistemática por parte da dogmática penal. A dogmática, por sua vez, quando vem a tratar sistematicamente do tema, depara-se com um objeto desenvolvido de forma muito mais pragmática do que teórica e marcado por evidente mutabilidade”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 47.

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de...*, cit., p. 19.

De todo modo, por mais imediata que seja a resposta formulada, a dinamicidade da realidade econômica estará sempre à frente do Direito⁴⁰. Essa tendência explica o movimento do Direito Penal Econômico rumo a rupturas cada vez maiores em relação à Teoria Geral do Delito. Sobretudo quando atrelada ao contexto empresarial, a criminalidade econômica diz respeito à ofensa de interesses etéreos por um grupo organizado de pessoas, cuja subjetividade é facilmente diluída dentre as engrenagens, departamentos e hierarquias de uma estrutura maior, dotada inclusive de personalidade jurídica e cuja razão social, em princípio, é uma atividade lícita.

Entre as noções de ação e responsabilidade cria-se um frequente abismo, ao passo que se identificam novas camadas dos institutos do erro, da coação, da imputação, da autonomia e do elemento subjetivo do tipo, bem mais complexas do que os exemplos clássicos trazidos pela literatura tradicional sobre a Teoria Geral do Delito. E mais: a fragmentação da atividade empresarial não raro se reflete na forma de se praticar dos elementos do tipo, fracionada em meio a ações neutras ou envoltas em erro.

Nesse ínterim, ainda, o desenvolvimento do Direito Penal Econômico é marcado pela mutação de arquétipos do Direito Penal, a exemplo da inexorável ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, um dos temas que mais lhe são caros. Concordando-se ou não, o paradigma expansionista penal das últimas três décadas, no particular aspecto dos contextos empresariais, propôs-se a legitimar a identificação da autoria delitiva nesse âmago.

No direito brasileiro, a responsabilização penal da pessoa jurídica é autorizada pelo artigo 173, §5º, do texto constitucional⁴¹ em relação aos “atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, enquanto que o artigo 225, §3º⁴², prevê, ainda que de forma dúbia, a responsabilização da pessoa jurídica em relação às condutas lesivas ao meio ambiente.

⁴⁰ SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019, p.62.

⁴¹ “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

⁴² “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Para Helena Regina Lobo da Costa, pode-se admitir a interpretação de a previsão sujeita “pessoas físicas ou jurídicas” a “sanções penais e administrativas” respectivamente, não cumulativamente. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 221, nr. 737.

A matéria não chegou a ser sistematizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas a legislação penal ambiental (Lei nº 9.605/1998)⁴³, isoladamente, abraçou o denominado *modelo de heterorresponsabilidade*, que estabelece a transferência da responsabilidade da pessoa física à jurídica por ricochete, numa evidente lógica de responsabilização penal objetiva que inevitavelmente passa-se a fazer presente nas decisões judiciais. De tão desarrazoada, a opção adotada pelo legislador brasileiro aproxima-se dos modelos incipientes de responsabilização penal da pessoa jurídica, nos quais é a conduta criminosa da pessoa física que determina a responsabilidade da pessoa jurídica, sem qualquer menção ao denominado *defeito de organização* do ente coletivo, pressuposto dos *modelos de autorresponsabilidade*⁴⁴.

Ainda por conta de toda a problemática de atribuição de fatos no contexto econômico, desenvolve-se o tema da *criminal compliance*, enquanto “o resultado da evolução dos conhecidos códigos de conduta corporativos”, cujo principal palco foi a história econômica estadunidense⁴⁵. Os programas de *compliance* são frutos de duas tendências, apresentadas por Carlos Gómez-Jara Díez⁴⁶: (i) o sentimento de desconfiança em relação aos poderes das corporações e (ii) a ideia de que a autorregulação no mundo corporativo seria *preferível e mais efetiva* do que a regulação governamental isolada. Ainda, a insegurança, própria do momento atual, expressa-se na forma de pressões político-jurídicas e sociais em prol da instituição de parâmetros de vigilância, de prevenção e até de sanção paralelos aos mecanismos penais tradicionais, capazes de demonstrar a “*índole*” – como se isso fosse possível – da empresa no sentido de respeitar o Direito, sobretudo o Direito Penal⁴⁷.

Os programas de cumprimento legal, de cooperação, ou, simplesmente, as regras de *compliance*, nesse sentido, ensejam a adoção de medidas éticas e legais para a estrutura empresarial⁴⁸.

Dentro da lógica de delegações de atribuições no contexto corporativo, o bom desempenho dos programas de *compliance* é frequentemente incumbido a

⁴³ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

⁴⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 113-117 e 292-293.

⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ. Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 255.

⁴⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ. Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255-256.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer. 2013, p. 153.

⁴⁸ Sobre o tema, cf. SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, *passim*.

um personagem específico, o *compliance officer*. Este, mais do que um simples fomentador de boas práticas empresariais, muitas vezes assume verdadeira posição de garante, no sentido de impedir práticas ilícitas e delitivas no seio da empresa⁴⁹. No entanto, no Brasil, a reflexão político-criminal e dogmática acerca do descumprimento desses deveres é ainda incipiente, o que constitui mais uma preocupação em aberto para os operadores e aplicadores do direito, carentes do necessário respaldo teórico.

Também para ilustrar as mudanças estruturais trazidas pelo Direito Penal Econômico, citem-se dois institutos importados do direito anglo-saxão pelo brasileiro – muito em resposta às pressões advindas da *soft law* e *hard law*: as delações premiadas (*whistleblowing*)⁵⁰ e os acordos de leniência. Apesar de a doutrina não entrar em consenso sobre sua natureza jurídica, esses acordos adquirem feições contratuais e indicam uma nova forma de persecução administrativa e judicial em contraste à clássica⁵¹. É dizer, impõem novidades também em termos processuais.

Se, de um lado, os institutos são vistos pelas autoridades persecutórias como uma forma eficaz de apurar ilícitos que, de outro modo, poderiam permanecer irresolúveis, por outro, seus críticos vislumbram neles a premiação institucionalizada da traição, o que, apesar de dizer respeito a um campo ético, não caberia ao Estado incentivar⁵². Corroborando o impacto do Direito Penal Econômico em matéria penal e processual penal, esses tipos de acordo, nos moldes como foram consagrados pelos direitos estadunidense e inglês, prestam-se sobretudo a desvelar ilícitos no interior da estrutura empresarial.

Institutos como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *criminal compliance* e *whistleblowing*, assim, revelam o descompasso entre a Teoria Geral do Delito e o Direito Penal Econômico. Neste sentido, as dificuldades interpretativas se põem de modo sensível, uma vez que a lógica utilizada se desvela de natureza diversa.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

⁵⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 29 e ss.

⁵¹ Cf. TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017, p. 218.

⁵² O é tema caro, por exemplo, “*em países que sofreram as agruras do terror estatal nazista, como Alemanha e França*”. SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019, p. 70.

3.2. Desafios conjunturais trazidos pelo Direito Penal Econômico

A criminalidade econômica refere-se a uma variedade temática, a exemplo dos crimes de corrupção privada, concorrenciais, ambientais, consumeristas, falimentares, previdenciários e associativos de organização criminosa, o que denota uma porosidade da noção de delinquência econômica sob a ótica da dogmática jurídica⁵³. Assim, para além das questões estruturais, o Direito Penal Econômico também enfrenta dificuldades dogmáticas conjunturais – atinentes aos tipos penais – que se fazem transparecer no momento de aplicação da lei.

Como já apontado, está-se diante de tipos penais provenientes de um movimento penal expansionista fomentado em um contexto social e econômico muito específico, constatado ao final do século XX, em que o modo de produção capitalista é somado ao fenômeno da globalização⁵⁴. Para fazer frente às novas necessidades de tutela, novas características são embutidas às tipificações penais, que serão aqui tocadas, apesar de este ensaio não ter a pretensão de fazer uma análise pormenorizada de cada uma⁵⁵.

O ideário de contenção de riscos na sociedade contemporânea vincula-se à antecipação da tutela penal a um momento anterior a ofensa penalmente relevante, apesar de essa estratégia não ser inédita no Direito Penal⁵⁶. É nesse diapasão que ganham espaço os denominados *crimes de perigo abstrato*⁵⁷, enquanto verdadeiro artifício de tutela colateral do Direito Administrativo, tal qual um *guia de condutas*, mas com sequências penais aos desobedientes⁵⁸.

A administrativização do Direito Penal, aliás, dá o tom da nova realidade. Traz como implicação a administrativização do próprio comando normativo penal, que recebe a denominação de *assessoriedade administrativa do Direito Penal*. Em outras palavras, o fenômeno sujeita os tipos penais a complementações

⁵³ Cf. CERVINI SANCHEZ, Raúl, Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003, pp. 95-96.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão...*, cit., p. 30.

⁵⁵ Mais uma vez, retome-se SOUZA, Luciano Anderson. *Estágio atual do...*, cit., pp.71-88.

⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92 e ss.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão...*, op. cit., p. 38. A partir desse diagnóstico, Silveira, de toda forma, rememora que “o Direito Penal de Perigo não pode implicar em abandono das armas dogmáticas tradicionais que determinam a justeza da aplicação da lei penal em um sistema democrático”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 657. Sobre o tema, ainda, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50 e ss.

⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 236.

provenientes do Direito Administrativo, como regulamentos, portarias, resoluções e mesmo atos administrativos⁵⁹. Nesse contexto, *normas penais em branco heterogêneas* são largamente utilizadas em matéria de criminalidade econômica – por vezes de forma incompatível com a racionalidade penal, como se o regramento repressivo penal fosse transferido à alçada administrativa. E some-se a isso a utilização de *tipos penais abertos*, com extenso uso de elementos vagos ou ambíguos para a construção da normativa penal, para cuja aferição são necessárias contextualizações externas ao texto legal. Tudo a exigir mais cautela do intérprete do direito e a promover uma inevitável supervalorização dos precedentes emitidos pelos tribunais em relação ao texto legal⁶⁰.

Ademais, na perseguição dos fins político-criminais preventivos pretendidos com o Direito Penal Econômico, é frequente o uso de *tipificações omissivas e culposas*, em que o agente responde por não praticar aquilo que lhe é ordenado juridicamente, no primeiro caso, e por se omitir em relação a diligência no atendimento de dever de cuidado, no segundo.

O utilitarismo preventivo que permeia a criação de tipos penais econômicos com as características acima pinceladas frequentemente anda de mãos dadas com um *retributivismo exacerbado na sanção penal* cominada pelo legislador, que foge mais uma vez da racionalidade penal.

Tudo isso, inclusive, vulnera a aferição de legitimidade do Direito Penal Econômico, pois, apesar tentar corresponder à dinamicidade própria da atividade econômica, distancia-se dos pressupostos da estrutura jurídico-penal, sobretudo em termos de lesividade, legalidade e taxatividade, tornando extremamente desafiadora a interpretação jurídica.

Não obstante, o fato é que essa lógica de expansionismo penal não parece revelar sinais de reversão, no geral, e muito menos nesta seara⁶¹. O Direito Penal Econômico hodierno não se volta a qualquer defesa sistêmica ou às estratégias de contenção de crise ocasionada pela crescente complexidade econômico-social, mas ao mero gerencialismo público. Lança mão, para tanto, do grave meio de controle estatal de condutas, o Direito Penal, já municiado com um novo rol de características que façam frente ao discurso de enfretamento à criminalidade econômica.

⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal...*, cit., 2013, p. 113.

⁶⁰ MANES, Vittorio, Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica” (versão revista). Disponível em: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/7144-manes2018a.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021, p; 2.

⁶¹ Documentos internacionais, em verdade, têm sinalizado justamente no sentido da expansão do Direito Penal, a exemplo das iniciativas em matéria de corrupção, com, entre tantos outros instrumentos jurídico-internacionais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003. SOUZA, Luciano Anderson. *Estágio atual...*, cit., p. 87.

A perspectiva, portanto, acerca especificamente do futuro do Direito Penal é de sua ainda maior ampliação, haja vista as preocupações que rodeiam a criminalidade econômica e apesar da Teoria Geral do Delito tradicional. Aliás, a inclinação normativista tem procurado respaldar esse fenômeno, muito embora ainda permaneçam em aberto inúmeras questões.

Evidentemente, não se nega que o Direito Penal possa oferecer tipos infracionais econômicos legítimos. Mas tal somente ocorrerá respeitados critérios consistentes na verificação de sua adequação estrutural e constatação de eficiência deste grave meio de cerceamento. A expansão do Direito Penal, ainda que se mostre legítima, deve se pautar pela *ultima ratio*. Do contrário, a única opção legítima é a não-criminalização ou a descriminalização, abrindo-se a possibilidade de outros meios para pacificação social.

4. Aspectos da internacionalização do Direito Penal

Todos os fenômenos retratados nos tópicos acima foram e são constantemente pautados, também, pela internacionalização do Direito Penal. Apesar de já se ter feito referência a essa internacionalização neste ensaio, alguns apontamentos específicos sobre o tema merecem ser trazidos à baila.

O caráter internacionalizado da criminalidade – mormente em razão do papel da globalização – acompanha a exigência por respostas jurídicas com alcance igualmente internacional. E essas respostas emanam de diferentes instituições, desde organizações internacionais e supranacionais (como a ONU, a União Europeia e a Organização dos Estados Americanos), passando por organizações não governamentais (como a Transparência Internacional), cuja importância política e entre a sociedade civil promove sua agenda de interesses no cenário internacional, e até agentes com poderes supraestatais de ordem financeira, econômica, sanitária *etc.* (como o G7, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico e a Organização Mundial da Saúde)⁶². Cria-se, nesse processo, um *entrelaçado reticular de fontes de produção normativa*⁶³. Nessa rede normativa, própria da *law in action*, encontram-se o direito e a jurisprudência nacionais, o direito comunitário, com seus regulamentos, diretrizes e *etc.*, os tratados e a jurisprudência internacionais, as práticas e as categorias jurídicas estrangeiras, o direito aplicado por outros Estados, que são utilizados no estudo comparado, entre outros. No caso dos países membros da União Europeia, por exemplo, a força conferida ao direito e tribunais comuni-

⁶² Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 271-272.

⁶³ Termo utilizado por Massimo Donini em DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo em la expansión del Derecho Penal Económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 197-217, 2004, p. 206.

tários é tamanha que fomenta a discussão sobre o progressivo esvaziamento das competências internas dos Estados⁶⁴.

Bem se vê que as dificuldades que cercam essa faceta transfronteiriça do Direito Penal atual são muitas. Como expõe Ana Elisa Liberadora Silva Bechara, as principais delas consistem “no choque entre as normas e princípios das esferas internacional e nacional, na interação entre os distintos sistemas e culturas jurídicas e na existência paralela das jurisdições internacional e nacional”⁶⁵. A criação de critérios comuns de valoração normativa, apesar de imprescindível, é obstada pela inexistência de um horizonte político uno⁶⁶.

A jurista, ainda, destaca dois debates sensíveis. O primeiro refere-se à dúvida sobre a relação hierárquica entre documentos e iniciativas institucionais internacionais. Afinal, a antiga noção de uma hierarquia piramidal entre normas jurídicas promulgadas pelo legislador nacional dá lugar à ideia de uma estrutura elástica, cujas hierarquias (no plural) são intermitentes⁶⁷. Já o segundo debate gira em torno das alterações normativas propostas ou determinadas aos ordenamentos jurídicos nacionais, porquanto a internacionalização também diz respeito a um jogo de interesses entre Estados e demais *players* políticos e econômicos internacionais, que não estão em posição de igualdade⁶⁸.

Mesmo que a internalização das referidas normas do Direito Penal globalizado siga todos os trâmites previstos pelo direito local, o seu conteúdo e sua proveniência denotam-nas como importadas. Sua recepção formal pelo ordenamento jurídico interno serve de ponte para que as políticas criminais internacionais e supranacionais exerçam influência sobre o processo de produção, interpretação e aplicação dos textos legislativos. Nesse ínterim, verificam-se tanto atritos entre as fontes internas e externas do direito, como a “contaminação” da primeira pelas segundas, a exemplo da importação de institutos da *common law* enquanto fórmulas mais eficientes para lidar com a criminalidade econômica, mas que provoca diversos estranhamentos com a tradição dogmática interna⁶⁹.

Com a internacionalização, os magistrados nacionais se veem obrigados a ampliar seu patrimônio cognoscitivo e cultural para poder dialogar com essa realidade jurídica acelerada. A contribuição *quantitativa* e *qualitativa* do seu exercício interpretativo torna-se ainda mais evidente, o que só reforça a

⁶⁴ MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Roma: Giuridica Editrice, 2012, p. 1.

⁶⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 266.

⁶⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 272.

⁶⁷ DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad..., cit., p. 207-206.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberadora Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 267 e 284.

tese lançada anteriormente, de que a jurisprudência não poder ser ignorada enquanto uma das fontes do Direito Penal hodierno⁷⁰.

5. Perspectivas sobre a interpretação e aplicação do Direito Penal brasileiro

Diante de todo o quadro desenhado, nota-se que a interpretação e aplicação Direito Penal hodierno experimentam mudanças significativas e que se entrecruzam, fruto da demandante realidade que se impõe nos cenários internacional e nacional.

Está-se diante de um crescente papel delegado aos magistrados. No Brasil, esse fenômeno é a síntese de uma série de fatores, a exemplo da desconfiança em relação ao sistema representativo, das amplas garantias e direitos assegurados pelo texto constitucional e passíveis de serem reivindicados pelas vias judiciais, da paulatina concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal e da importância que lhe é dada na produção de consensos, tão difíceis de serem alcançados na sociedade contemporânea. A atividade jurisprudencial, ainda, vem preencher os inúmeros hiatos deixados pela técnica legislativa e responder aos anseios pragmáticos da realidade atual, havendo de se equilibrar entre a *interpretação das leis* e o *ativismo judicial*, como se advertiu atrás.

O exercício de produção do direito torna-se ainda mais intrincado diante das mudanças substanciais enfrentadas pelo Direito Penal com a proeminência do Direito Penal Econômico, que traz consigo a exigência por novas ferramentas de interpretação, seja em termos estruturais – referentes à Teoria Geral do Direito – como conjunturais – da própria estrutura dos tipos penais. Não é possível, nesse sentido, apartar a atividade hermenêutica da dogmática. A seu turno, a internacionalização do direito, que também conforma o Direito Penal Econômico, produz uma multiplicidade de novas fontes a serem manejadas pelo magistrado nacional.

Visto de onde atualmente promana o Direito Penal, então, importa fixar os critérios para sua correta apreensão, para, assim, assegurar sua justa aplicação. Nesse sentido, a preocupação em torno do temário recai, mais uma vez, sobre a atenção dispendida pelo magistrado à própria disposição normativa, resguardada pelo princípio da legalidade, de modo que ele próprio não passe de *intérprete a artífice* da norma penal⁷¹.

A despeito das tantas novidades, os princípios basilares ao Estado Democrático de Direito são inabdicáveis em matéria de *lege ferenda* e *lege lata*, o que significa que devem ser tomada como pressuposto tanto pelo legislador quando pelo intérprete do direito.

⁷⁰ MANES, Vittorio. *Il giudice nel...*, cit., p. 13, 22-24.

⁷¹ MANES, Vittorio. *Il giudice nel...*, cit., p. 22-24.

No que diz respeito à hermenêutica penal, sobre a qual este trabalho se debruçou, isso significa não reduzir a atividade jurisdicional ao simples encaixe dos resultados pragmáticos e imediatistas reclamados pelo movimento global de expansão do Direito Penal⁷². Se há terreno, inclusive em razão da abertura normativa dos tipos penais, para que atividade interpretativa ganhe maior discricionariedade, aproximando-se de um ato de vontade, deve-se exigir do Poder Judiciário que se atenha a determinados critérios para que suas decisões não escapem do contexto democrático, sempre refratário – desde os primeiros esforços iluministas – ao volitismo jurídico. Não se trata de impermeabilizar por completo a atividade jurisprudencial, como se fosse possível desconsiderar fator humano e as nuances de subjetividade sempre presentes, mas de cultivar balizas que lhe confirmam racionalidade.

Com esse propósito, antes de se ater às prescrições previstas e objetivos perseguidos pelos tratados internacionais e pelas novidades em matéria de Direito Penal Econômico, cabe ao magistrado ter como parâmetro os específicos critérios que justificam e legitimam o Direito Penal, como as concepções de *ultima ratio*, legalidade, taxatividade, lesividade e *ne bis in idem*⁷³. Afinal, esses são os denominadores comuns inafastáveis a pautar e, sobretudo, limitar a intervenção penal. Nessa linha, a objetividade das decisões judiciais há de ser aferida em razão do *ônus argumentativo* imposto aos julgadores enquanto forma de prestação de contas em relação às decisões judiciais⁷⁴. Interessantemente, um importante passo nesse exercício de hermenêutica é retomar a própria literalidade do tipo penal – tão reivindicada pelos positivistas de séculos atrás – enquanto primeiro obstáculo para limitar a criatividade demasiada dos aplicadores do direito⁷⁵.

Bibliografia

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: conside-*

⁷² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 267 e 284.

⁷³ Para Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, inclusive, nem mesmo o texto constitucional pode “ser revertido em um supercódigo totalizante, a ponto de liquidar a autonomia e a especificidade jurídica do Direito Penal, estruturado a partir de seus valores”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto...*, cit., p. 288.

⁷⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, in, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 366-367. Apesar de o autor não se referir ao processo de sopesamento de direitos fundamentais, o argumento é perfeitamente aplicável a qualquer decisão judicial fundada na dogmática jurídica.

⁷⁵ Cf. MANES, Vittorio, *Dalla “fattispecie” al...*, cit., pp. 4-9.

rações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del dercho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

CERVINI SANCHEZ, Raúl, *Derecho penal económico: concepto y bien jurídico*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 81-108., abr./jun. 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo em la expansión del Derecho Penal Económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 197-217, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad pena de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950.

MANES, Vittorio, Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica" (versão revista). Disponível em: <<https://archiviodpc.dirittope-naleuomo.org/upload/7144-manes2018a.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2021.

MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*. Roma: Giuridica Editrice, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. I.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte general del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Pau-

lo: Marcial Pons, pp. 87-93, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, in: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições*, São Paulo, Saraiva, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presentación: ¡Hay jueces em Berlín! (y en Karlsruhe). In: KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A segurança como critério de estipulação de crimes*, in GRECO, Luís, MARTINS, António Carvalho (orgs.), *Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Direito Penal Econômico: Leis penais especiais: Volume 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 57-106, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. O tratamento penal ao abuso de autoridade no Direito brasileiro. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ALMEIDA, Júlia de Moraes; FERRARINI, Luigi Giuseppe (orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá*. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, p. 329-353, 2020.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Difel Difusão Editorial S.A., 1978

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista brasileira da advocacia - RBA*, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.8, pp. 441-464, jul./dez. 2008