

Flávio Eduardo Turessi

Justiça Penal Negociada e Criminalidade Macroeconômica Organizada

O papel da política criminal na construção
da ciência global do Direito Penal

2ª edição
revista e atualizada

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CRIMINALIDADE MACROECONÔMICA ORGANIZADA

2.1. CONCEITO, BENS E INTERESSES TUTELADOS

Superado o enfoque criminológico do tema no capítulo anterior, a análise conceitual da criminalidade macroeconômica organizada, sob o ponto de vista dogmático, exige que se faça, ainda que de forma breve, uma prévia incursão sobre o conteúdo do Direito Penal Econômico e os bens e interesses por ele tutelados.

Como se sabe, malgrado objeto de apontamentos por outros penalistas alemães no início do século passado, dentre eles Grünhut, em 1929, e Alsberg, em 1931, credita-se a Klaus Tiedemann, no início da década de 70, do século XX, o mérito de ter sido o responsável pelas primeiras incursões doutrinárias de maior fôlego sobre a ingerência do Direito Penal na ordem econômica¹.

Para o Professor da Universidade de Friburgo, o Direito Penal Econômico pode ser representado pelo conjunto de normas que sancionam com penas condutas que afetam o desenvolvimento do sistema econômico ou de suas instituições².

No Brasil, naquela década de 70 do século anterior, Manoel Pedro Pimentel também se ocupou do tema, e, seguindo o caminho trilhado por Tiedemann, conceituou o Direito Penal Econômico como o conjunto de normas que tem por objeto sancionar as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes³.

1. CAVERO, op. cit., p. 21.

2. TIEDEMANN, op. cit., p. 69 e ss.

3. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. 1. ed. São Paulo: RT, 1973. p. 10.

Numa primeira investida, pode-se dizer que o Direito Penal econômico, de forma geral, compreende o conjunto de normas penais que visam a proteger a ordem econômica.

Portanto, dentro dessa ampla concepção, a ordem econômica envolve, na síntese de Rodolfo Tigre Maia, não apenas aspectos sistêmicos de regulação, como também as relações existentes entre os próprios agentes econômicos e as estabelecidas entre estes e seus empregados e consumidores, infrações à propriedade industrial e intelectual, violações societárias diversas e até lesões ao patrimônio das empresas, causadas por seus funcionários⁴.

Consequentemente, alcançados por esse largo espectro de abrangência, identificam-se como delitos econômicos os crimes de sonegação fiscal, contrabando e descaminho, os crimes contra a saúde pública e previdência social, os delitos contra o sistema financeiro e contra as relações de consumo.

Entretanto, em que pese a importância dessa primeira orientação conceitual que, acertadamente, estabelece como paradigma para o Direito Penal econômico a tutela da ordem econômica, sua formulação, bastante ampla, merece ser mais bem explicitada.

Como se sabe, a expressão “ordem econômica”, polissêmica, pode ser interpretada de diferentes maneiras.

Na conhecida lição de Vital Moreira, podem ser conferidos três sentidos à locução “ordem econômica”, quais sejam: (I) o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; (II) o conjunto de todas as normas jurídicas, religiosas, morais, etc., que dizem respeito à regulação do comportamento humano, numa clara concepção sociológica do ser; e (III) a ordem jurídica da economia⁵.

Nessa quadra, questionando a amplitude conceitual conferida ao Direito Penal econômico e as dificuldades oferecidas na delimitação de seu objeto, Ela Weicko V. de Castilho anota que a ordem econômica, do ponto de vista normativo, ao estabelecer o sistema e o modelo econômico de um país, incide sobre toda a atividade econômica, sendo que, num contexto capitalista, cujos pilares são a propriedade privada e a liberdade de contrato, não seria desarrazoado concluir que os crimes de

4. MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66-67.

5. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Coimbra: 1973. p. 67-71.

furto e de estelionato, ou até um delito de homicídio por motivação econômica, ofenderiam essa ordem⁶.

De fato, a observação procede, impondo-se uma restrição ao tema. Não se pode aceitar que crimes patrimoniais comuns, tais como o furto e o estelionato, crimes dolosos contra a vida motivados por questões econômicas, e até crimes contra a honra com idêntica motivação sejam concebidos como delitos econômicos.

Ao revés, os delitos econômicos devem ser identificados como aqueles que lesam ou põem em perigo (concreto ou abstrato) de lesão a própria regulação jurídica da intervenção estatal na economia de um determinado país, excluindo-se interesses privados eventualmente atingidos.

Mais uma vez, vale a pena conferir a lição de Maia, para quem

[...] a perspectiva restritiva a ordem econômica propriamente dita é vista como sendo o conjunto de estruturas organizativas da produção, da circulação e da distribuição de bens e serviços existente em determinada formação social, em um dado momento histórico, numa perspectiva que é ancorada, ainda, no controle da observância, pelos agentes econômicos, de determinadas políticas públicas que emanam do Estado para sua regulação global ou setorial⁷.

Portanto, para essa corrente mais restrita, o bem jurídico-penal tutelado pelo Direito Penal Econômico deve ter natureza predominantemente supraindividual.

Não por acaso, Bajo e Bacigalupo distinguem o Direito Penal Econômico em duas classes, Direito Penal Econômico em *sentido estrito* e Direito Penal Econômico em *sentido amplo*.

Para os Professores da Universidade Autônoma de Madri, “Derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía⁸”.

Já Direito Penal Econômico em sentido amplo, “es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido

6. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 69.

7. MAIA, op. cit., p. 65-66.

8. BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 13.

como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”⁹.

Dessa forma, como já adiantado, adota-se, aqui, uma formulação mais restrita do que venha a ser o Direito Penal Econômico, identificado como aquele conjunto de normas penais que se prestam a regular a intervenção do Estado no domínio econômico, excluindo-se de seu espectro de proteção a tutela de bens jurídico-penais predominantemente individuais.

Consequentemente, o bem jurídico-penal tutelado pelo Direito Penal Econômico pode ser identificado, de acordo com Raul Cervini, como “el estatuto jurídico de la economía de mercado, constituyendo sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre concurrencia”¹⁰.

Aliás, como afirma García Caveró,

Si la *ratio legis* de determinado tipo penal no es la protección de expectativas normativas de conducta derivadas específicamente del modelo económico (libre mercado o función social del Estado), el tipo penal no formará parte del Derecho penal económico, aun cuando pueda infringirse en el ámbito económico. Se tratará, en todo caso, de tipos penales del Derecho penal tradicional o de otro ámbito especializado del Derecho penal que han tenido lugar ocasionalmente en el marco de relaciones económicas¹¹.

Nessa linha de ideias, conquanto Rafael Berruezo também defenda a tese de uma conceituação mais restrita do que venha a ser o Direito Penal Econômico, a ele agrega o Direito Ambiental, a regulação do meio ambiente, já que, nas palavras do próprio autor

[...] el deterioro constante del mismo influye directa o indirectamente en la producción económica de un sector, ya sea por la degradación del medio ambiente, provocando menor rendimiento de los suelos, mortandad de peces en los ríos, etc., e indirectamente, al afectar la salud de los habitantes, ocasionando una disminución de la capacidad laboral de los mismos¹².

9. Ibid., p. 14-15.

10. CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, abril-junho 2003. p. 82.

11. CAVERO, op. cit., p. 50.

12. BERRUEZO, op. cit., p. 6.

De outro vértice, não se pode conferir autonomia científica ao Direito Penal Econômico em relação ao Direito Penal, mas, tão-somente, a identificação de um âmbito delimitado de ingerência, qual seja, a ordem econômica. Cuida-se, na dicção de Cezar Roberto Bitencourt, de uma subárea do Direito Penal clássico¹³.

No ponto, é preciso consignar que o Direito Penal Econômico não se volta contra o natural processo evolutivo tecnológico das sociedades pós-industriais, e não se traduz em instrumento próprio de regimes totalitários.

O intervencionismo estatal na ordem econômica é uma consequência própria de um modelo democrático que reclama uma postura positiva por parte do Estado na busca pelo equilíbrio do mercado e da livre concorrência.

Ademais, o combate à estigmatização (de que o Direito Penal é acusado de promover) passa em revista o reforço da sua ingerência em campos e quadras de interesses supraindividuais, essenciais para a sadia convivência social, tais como a segurança viária, o meio ambiente – seja ele natural, artificial, artístico ou do trabalho – e, ao que interessa mais de perto no presente estudo, a ordem econômica. Com efeito, Feldens alerta que

A necessidade de intervenção do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado Constitucional nas vestes de um Estado de Direito Democrático e Social, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador *não pode* decidir e algumas outras sobre as quais *não pode deixar* de decidir¹⁴.

Também não se pode confundir criminalidade econômica com crime de empresa, tomando-se um pelo outro. À criminalidade de empresa liga-se a ideia de delitos econômicos praticados por meio de uma pessoa jurídica, com sérios problemas de obtenção de provas e de imputação, numa clara relação de continente e conteúdo.

De acordo com Raúl Cervini e Gabriel Adriasola, há uma relação de gênero e espécie, sendo que “el Derecho penal de la empresa par-

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 9.

14. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

tipica de los condicionamientos sociales, normativos y metodológicos de la categoría mayor que constituye el Derecho penal económico”¹⁵.

Estabelecidas essas premissas fundamentais, com a internacionalização da economia e o livre comércio entre os povos, uma série de mudanças ocorreram e continuam ocorrendo no cenário mundial.

Dentre tantas outras, Yves Dezalay e David M. Trubek destacam, como as mais importantes, as seguintes transformações: (a) mudanças nos padrões de produção: os novos sistemas de especialização tornaram mais fáceis a produção e outras atividades econômicas em muitas partes do mundo, facilitando o deslocamento de atividades econômicas de um país para outro; (b) união de mercados financeiros: a criação de mercados de capital unidos globalmente facilitou o livre fluxo de investimentos através das fronteiras; (c) aumento da importância das empresas multinacionais: as grandes empresas multinacionais capacitaram-se e expandiram sua produção por todo o mundo, fomentando a mudança de fábricas de um país para outro e fortalecendo seu potencial de negociação; (d) aumento da importância do intercâmbio e crescimento de blocos regionais de comércio: as regras internacionais que promovem o livre comércio têm diminuído as barreiras de comércio e flexibilizado aspectos da regulamentação nacional; (e) ajuste estrutural e privatização: todo o antigo bloco soviético e grande parte dos países em desenvolvimento são influenciados por pressões externas voltadas à estabilidade econômica e desenvolvimento de instituições privadas de mercado; (f) hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas: amparada pelo Fundo Monetário Internacional – FMI, a visão neoliberal da economia, com forte ênfase aos mercados privados, tem sido expandida pelo mundo afora, impactando nos mercados europeu, latino- americano e asiático; (g) tendência mundial à democratização, proteção dos direitos humanos e renovado interesse no “império do direito”: ao lado das pressões para a superação de barreiras econômicas, verifica-se um esforço internacional para a criação de políticas liberais, controle da arbitrariedade governamental, proteção dos direitos fundamentais e fortalecimento da democracia, e (h) surgimento de protagonistas supranacionais e transnacionais promovendo direitos humanos e democracia: novos protagonistas, notadamente ONG’s de proteção aos direitos humanos, meio ambiente e democratização têm feito parte

15. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. Montevideo: B de F, 2005. p. 55.

desse momento global e fomentado o desenvolvimento jurídico em campos de proteção coletiva nacionais¹⁶.

Com a criminalidade econômica não é diferente. Outrora voltados aos mercados internos, os delitos econômicos ganharam musculatura e, nos dias de hoje, indiscutivelmente assumiram vocação internacional.

Na observação de Eugenio Raúl Zaffaroni,

La realidad del poder planetario es demasiado irracional, en comparación con los inmediatamente anteriores momentos de poder mundial o, por lo menos, se vivencian de esta manera. Lo que antes fueron delitos contra la economía nacional, como acaparamiento, alteraciones artificiales de los mercados, aprovechamiento de información confidencial, evasiones impositivas, monopolios y oligopolios, e incluso conductas que bordean las tipicidades nacionales de delitos menos sofisticados, como extorsión y estafa, son ahora conductas lícitas en la economía mundial. En ausencia de poder regulador o criminalizante en el plano internacional, se trata de conductas impunes, con la particularidad de que se cometen en proporciones macroeconómicas, es decir, que importan cifras astronómicas¹⁷.

Não por acaso, Jeffrey Robinson sentencia que, à medida que o globo encolhe, o perigo representado pelos grupos criminosos organizados transnacionais aumenta de maneira proporcional¹⁸.

Esse tipo de criminalidade, chamada *macrocriminalidade econômica*, claramente desenvolvida e praticada por organizações criminosas altamente estruturadas e com ramificações em vários segmentos produtivos, dentro e fora do país, destaca-se pela ganância de seus agentes e pela desmedida busca pelo lucro fácil, ampliando seus campos de atuação para quaisquer atividades potencialmente rentáveis, como se verifica, por exemplo, no vertiginoso aumento do tráfico de pessoas para fins de transplante de órgãos, trabalho escravo e exploração sexual.

Aliás, como alerta Maria João Guia,

16. DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 29-30.
17. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coordenador). *Direito Criminal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 22.
18. ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 209.

Calcula-se que o número de vítimas do tráfico de seres humanos ronde os 2,4 milhões, de entre os 12,3 milhões de pessoas vítimas de trabalho forçado em todo o mundo (Troncho, 2006). Os lucros obtidos através destas actividades criminosas são avultadíssimos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) publicou o já mencionado relatório ‘Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado’ no qual especifica que os lucros obtidos com a exploração sexual forçada é um dos mais lucrativos, ascendendo aos 27,8 mil milhões de dólares anualmente, sem qualquer custo acrescido¹⁹.

Vale a pena destacar que, seja na Europa continental, nas Américas ou na Ásia, a chamada criminalização da imigração, movimento cunhado pela doutrina como *crimmigration*²⁰, passou a ser tema recorrente.

Políticas de barreira com vistas à expulsão têm conduzido o imigrante à marginalização, como se a contenção dos fluxos imigratórios, em detrimento da supremacia e da prevalência dos interesses dos cidadãos nacionais, fosse tarefa precípua de leis penais.

Destaca-se, ainda, pela aparente legalidade de parte de suas actividades que, como uma “equipe de apoio”, encontram-se inseridas em nichos legais do mercado económico para, dessa forma, conferir cobertura e dissimular, perante os órgãos do Estado, seus negócios ilícitos.

Com arrimo em Cervini e Adriasola, Rafael Berruezo ilustra que

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias reciprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Tienen que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una ‘segunda pierna’ de apoyo o ‘cobertura táctica’, para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y para obtener grandes beneficios al operar en la zona gris de la economía²¹.

Nessa direção, Eduardo Fabián Caparrós também anota que

19. GUIA, Maria João. *Imigração e criminalidade*: caleidoscópio de imigrantes reclusos. Coimbra: Almedina, 2008. p. 130.

20. Por todos, confira-se: STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, 2006, p. 367-419.

21. BERRUEZO, op. cit., p. 14.

Buena parte de las actividades realizadas por las redes de delincuencia se desarrollan en una amplia zona incierta o de penumbra en la que se alternan continuamente legalidad e ilegalidad y en la que no siempre es fácil determinar donde se encuentra la frontera que separa los comportamientos reglados de aquellos otros que se enfrentan al Derecho²².

Salta aos olhos a necessidade de maior aprofundamento e discussão em torno das chamadas “ações neutras”, daquelas condutas que, malgrado (aparentemente) lícitas, auxiliam e contribuem para o sucesso da prática delitiva e para a manutenção da própria organização criminosa.

Estudioso do tema, Luís Greco chama de neutras aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais, “todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”²³.

Para o autor, o problema das ações neutras é um problema de tipo objetivo, uma “vez que é função deste, e não do tipo subjetivo, fixar os limites externos do proibido e do permitido”²⁴.

Dessa forma, uma ação neutra poderá ser objeto de imputação objetiva ao tipo penal se a sua não-prática implicar uma melhor proteção ao bem jurídico-penal tutelado.

Portanto, para Greco, é a inidoneidade da proibição que serve como critério de imputação, sendo que “a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto”²⁵.

Além disso, ainda sob o ponto de vista dogmático, num contexto de delinquência macroeconômica organizada, a forma mais adequada de se promover a responsabilização dos superiores hierárquicos da estrutura criminosa, e não apenas dos agentes subalternos, continua sendo por meio dos delitos omissivos impróprios (artigo 13, § 2º, do Código Penal).

22. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colet, 1998. p. 42.

23. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 110.

24. *Ibid.*, p. 116.

25. *Ibid.*, p. 142.

Destarte, sem que se fale em responsabilização do agente de forma objetiva, sabe-se que, nos delitos omissivos impróprios, não se investiga o nexo de causalidade, uma vez que, normativa, sua fundamentação recai sobre o dever jurídico de agir, alcançando o dever legal, o dever de garantidor da não produção do resultado, e a chamada ingerência ou situação precedente.

Como lembra Paschoal,

Dizer que alguém pratica um crime omissivo impróprio significa que este alguém responde por um resultado proibido pela lei penal, normalmente cometido por meio de ação, haja vista o fato de não o ter evitado, quando tinha o dever de agir para evitar o resultado, podia agir para evitar o resultado e a ação omitida seria idônea para tal fim²⁶.

Nesse sentido, confira-se Marta Felino Rodrigues, para quem,

Se é essencial a todos os crimes o evento jurídico, isto é, a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado, só alguns crimes têm um evento material ou resultado exigível no momento consumativo do crime. O crime de omissão imprópria é neste sentido, um crime material ou de resultado, porque é punido em função do desvalor do resultado. Resultado este entendido, nas omissões impróprias, como o não impedimento do evento lesivo pela ação devida e que foi omitida²⁷.

A importância dos crimes omissivos impróprios consiste em se identificar nos dirigentes das empresas criminosas, que não executam diretamente os núcleos dos tipos penais descritos por aqueles que ocupam as esferas mais baixas da organização, que não corrompem, que não oferecem vantagens indevidas, que não ocultam bens, etc., a figura do garantidor, compensando-se a inexistência de um tipo omissivo específico para toda a sorte de atividades ilícitas por eles desenvolvidas.

Nessa direção, confira-se o magistério da doutrina de Luís Greco e Augusto Assis, para quem

26. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 39.

27. RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20.

A grande vantagem da responsabilidade omissiva, do ponto de vista da ampliação do âmbito de responsabilização dos superiores hierárquicos, é que *não é preciso existir um comando*. De uma perspectiva prática, essa vantagem torna-se ainda maior, uma vez que provar a existência de um comando no interior de uma estrutura complexa pode ser uma tarefa bastante difícil. Com isso, a responsabilização omissiva aproxima-se, à primeira vista, da *responsabilização por ocupar uma posição*²⁸.

Ainda nessa quadra, Bernd Schünemann anota que

La eminente importancia político-criminal del delito impropio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de *descentralización*, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y decisión de las altas instancias, por él condicionada, la ‘organización de la responsabilidad’ – por decirlo con una expresión tópica – amenaza con convertirse en la ‘organizada irresponsabilidad’, lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo²⁹.

Dessa forma, é preciso entender e aceitar que a delinquência macroeconômica organizada não pode receber o tratamento dogmático conferido à delinquência comum.

Tício e Mévio, outrora furtadores contumazes de acordo com os tradicionais manuais de Direito Penal, hoje em dia, integram grandes organizações criminosas. Em vez de ingressarem em um armazém para subtrair café e, por erro sobre a coisa, subtraírem soja, a conhecida dupla criminosa agora corrompe agentes públicos, frauda licitações por meio da cartelização de suas empresas, lava o dinheiro ilicitamente obtido em

28. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109.
29. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988. p. 533.

paraísos fiscais fincados em ilhas do Caribe e, como se não bastasse, ainda financia campanhas político-eleitorais por meio de “caixa dois”.

De mais a mais, vale a pena destacar que, cuidando-se de delinquência macroeconômica organizada, os meios probatórios a serem utilizados não podem ser os meios e instrumentos tradicionalmente empregados para a comprovação de infrações penais combatidas pelo Direito Penal clássico.

À evidência, não se pode exigir, para a procedência das ações penais que versem sobre essa forma de criminalidade, o manejo dos meios tradicionais de prova, por exemplo, a confissão do agente e a sua confirmação pela prova testemunhal, sob pena de se exigir do órgão acusatório que produza a chamada “prova diabólica”, aquela de impossível produção.

Aqui, o julgador deve, necessariamente, lançar mão do método lógico-dedutivo para avaliar a prova e, dessa forma, julgar a conduta que lhe foi narrada, conferindo-se à soma dos indícios o seu devido valor probante, já que dificilmente contará com a certeza visual do crime proporcionada pela prisão em flagrante do criminoso por agentes do Estado que se encontravam em patrulhamento de rotina pelas ruas da cidade.

Nessa direção, Paulo Augusto Moreira Lima adverte que

Não se pode negar que o desejo de todo juiz criminal é poder julgar com uma relativa certeza da ocorrência do crime, o que é costumeiramente alcançado nos crimes clássicos por provas diretas como confissões, prisões em flagrante e testemunhas que presenciaram o fato. Mas, diante da nova criminalidade que se apresenta, praticada de forma dissimulada, às ocultas, por vezes mediante a utilização de ‘laranjas’ e empresas de fachada, o juiz que exige provas diretas como pressuposto inarredável para proferir eventual condenação, não se contentando com a prova possível, no mais das vezes indiciária, coloca sua tranquilidade pessoal acima da responsabilidade que tem como julgador³⁰.

Enquanto o Direito Penal clássico e os tradicionais meios de prova continuarem sendo empregados para a tutela de bens jurídico-penais

30. LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

coletivos, como no caso da ordem econômica, o sistema de Justiça Criminal continuará produzindo graves distorções e, em última análise, injustas e indevidas absolvições.

2.2. DIREITO PENAL ECONÔMICO VERSUS DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Investigando as bases históricas do Direito Administrativo sancionador, Ana Carolina Carlos de Oliveira observa um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo Direito Penal e opção pela sua regulação na seara administrativa, que, na constatação da autora, guarda íntima relação com as opções políticas da época e a conformação do Estado em tempos de crise³¹.

Seja como for, sobretudo no campo econômico, a relação próxima existente entre as condutas tipificadas como delitos e aquelas previstas como violações administrativas proporciona acaloradas discussões envolvendo os limites e as fronteiras entre o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo sancionador.

Nessa quadra, muito se discute se, diante da ingerência penal no campo econômico, não seria o caso de se identificar no Direito Administrativo sancionador o terreno mais adequado para esta forma de regulação, descriminalizando condutas.

Discute-se, em suma, se existe ou não identidade entre ilícitos administrativos e ilícitos penais a justificar a descriminalização de certos tipos penais na seara econômica, evitando-se o que Miguel Reale Junior chama de administrativização do Direito Penal, movimento que, aos olhos do autor, torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, que são, antes de tudo, matérias de cunho disciplinar³².

Como se pode imaginar, o tema é controverso, esgrimando-se basicamente duas orientações doutrinárias a seu respeito: a tese diferenciadora e a tese unitária.

Buscando diferenciar substancialmente o ilícito penal do administrativo, a tese diferenciadora – inicialmente defendida por James

31. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 103.

32. REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21.

Goldschmidt e, posteriormente, revisitada por Erik Wolf e Eberhard Schmidt – descortina uma distinção ontológica entre injusto administrativo e penal. Para Goldschmidt, cabe ao Direito Penal proteger direitos subjetivos ou bens jurídicos individualizados, ao passo que, ao Direito Administrativo sancionador, cabe operar ante as desobediências dos mandados emitidos pela própria Administração Pública³³.

Nessa ordem de ideias, a desvalorização ético-social é inerente ao Direito Penal e característica exclusiva deste ramo do Direito, enquanto as infrações administrativas são meras contrariedades às ordenações estatais, sem identificação social de injusto³⁴.

Portanto, nessa quadra diferenciadora, vislumbra-se uma diferença *qualitativa* entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

Nas palavras de García Caveró,

Las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen, lo que, por otra parte, le permite también utilizar mecanismos cognitivos de reestabilización. Las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permiten en el sistema social concreto una realización personal, de manera que fundamentan un reproche de culpabilidad material al autor³⁵.

A adoção da tese diferenciadora espanca por completo a alegação de violação ao postulado da proibição do *bis in idem*.

Com efeito, a partir do reconhecimento de que o ilícito penal e o ilícito administrativo visam a proteger bens e valores absolutamente distintos, nada impede que haja, num caso concreto, a dupla punição por um fato.

De outro giro, contrapondo-se à teoria diferenciadora, credita-se a Heinz Mattes a condição de ter sido o responsável pelo desenvolvimento da teoria unitária entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

33. BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 77.

34. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106.

35. CAVERO, op. cit., p. 68-69.

sancionador e, dessa forma, sustentar uma verdadeira identificação entre os dois ilícitos distinguidos pela teoria anterior.

De acordo com Oliveira,

Mattes via dificuldades em encontrar a reprovação ética de alguns ilícitos penais de bagatela, ao mesmo tempo em que considerava a reiteração de infrações administrativas de conteúdo econômico eticamente reprováveis, na medida em que seus efeitos seriam sofridos por toda a coletividade. Para o autor, se fazia necessário uma concepção social, e não meramente individual, do homem como destinatário da proteção do Direito³⁶.

Deveras, a partir da concepção unitária entre os ilícitos penal e administrativo, finca suas bases na ideia de que o Direito Administrativo sancionador desenvolve-se com os fundamentos principiológicos do próprio Direito Penal; ganha corpo a tese de que a diferença entre ilícito penal e administrativo é de natureza meramente *quantitativa*, relativa à natureza da resposta estatal diante da violação que se busca evitar.

Partidários da teoria unitária, Bajo e Bacigalupo não reconhecem uma diferença ontológica, de conteúdo material, entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, mas apenas de natureza formal.

Para os Professores da Universidade Autônoma de Madri,

[...] la diferencia entre delito y la infracción administrativa, es decir, entre ilícito penal y el ilícito administrativo, sólo puede encontrar-se en consideraciones formales. Así se entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos y en virtud de la facultad gubernativa de la Administración (o, en su caso, disciplinaria). Por el contrario, estaremos en presencia de un ilícito penal, si la infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código penal y aplicada por los Tribunales de Justicia en virtud del *ius puniendi*³⁷.

No Brasil, adepta da concepção unitária, Helena Regina Lobo da Costa afirma que a concepção diferenciadora entre as instâncias penal e administrativa nega a existência de pontos de contato entre os dois ramos do Direito, como se pudessem se desenvolver um ao lado do

36. OLIVEIRA, op. cit., p. 119.

37. BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 79.

outro, de forma paralela, criando um fechamento artificial no sistema e causando resultados insatisfatórios à luz da coerência e lógica jurídicas³⁸.

Nessa direção, Fábio Medina Osório sentencia:

Não parece razoável distinguir normas penais de normas administrativas a partir dos valores tutelados ou da imoralidade inerente a umas ou outras infrações. Valores éticos podem e devem ser protegidos pelo Direito Administrativo. Inexiste óbice nesse sentido. Basta que a presença reguladora ou sancionadora do Estado seja reclamada pela realidade social.

E o Direito Penal, a seu turno, está cada vez mais pragmático, tutelando interesses difusos e coletivos, muito mais centrado na defesa de direitos constitucionais do que propriamente na justificação moral de seus preceitos proibitivos³⁹.

De fato, a diferença entre os ilícitos penal e administrativo é de natureza formal. Não há diferença ontológica entre ambos, mas apenas de cunho normativo.

Assim, quando se trabalha com a ideia de delitos econômicos e da necessária oxigenação do Direito Penal pelo emprego de conceitos e institutos próprios do Direito Administrativo e da Economia, como visto no capítulo vestibular deste estudo, constata-se a existência de grande discricionariedade por parte do legislador ordinário em optar por uma ou por outra forma de ingerência e regulação.

A opção entre criminalizar uma determinada conduta ou sancioná-la no campo administrativo é de natureza legislativa.

Todavia, em que pese discricionária, a atuação do legislador penal ordinário não é ilimitada.

Como já indicado ao longo deste estudo, salta aos olhos a necessidade da construção de uma coerente política criminal num contexto mais amplo de Ciência Global do Direito Penal.

E, para tanto, impõe-se o devido respeito aos princípios de Direito Penal constitucional que, como se sabe, encontram fundamento *expresso* e *implícito* no texto da Lei Maior.

38. COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo sancionador*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 113.

39. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 123.