

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO IMPUTADO
A XPX (NOME FICTICIO).**

PARECER SOLICITADO PELO DR. E.V.T.

FERNANDO FRAGOSO

Professor Titular da cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, Professor de Direito Penal Econômico do curso de pós-graduação em Direito da Economia e da Empresa (MBA) da Fundação Getulio Vargas (Rio de Janeiro e São Paulo). Mestrado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (2010/2014). Membro do Conselho da *International Criminal Bar* e Advogado admitido para atuar perante o Tribunal Penal Internacional (*International Criminal Court* - Haia)

SUMÁRIO

1. A Consulta.....	1
2. A análise do delito de lavagem de dinheiro.....	4
2.1 Referências históricas.....	4
2.2 Tipicidade objetiva e subjetiva.....	7
3. A impossibilidade, em seus múltiplos planos, de subsunção da conduta ao delito.....	11
4. Conclusão.....	34
5. Resposta aos quesitos	35

1. A CONSULTA

Trata-se de consulta formulada pelo eminente advogado E.V.T. a propósito de analisar se a imputação de *lavagem* de dinheiro (art. 1º, V e VII, da Lei nº 9.613/98), nos moldes em que foi deduzida em face de **XPX (NOME FICTICIO)**, revela-se consentânea com a descrição de fatos concatenada pelo Ministério Público Federal nos autos da Ação Penal nº 470, em trâmite na Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A peça de acusação descreve, em 191 laudas, uma série de supostos fatos delituosos, verificados entre os anos de 2006 e 2010, dando conta de desvio de recursos públicos do Distrito Federal.

Nesse diapasão, e ainda de acordo com o Ministério Público Federal, 37 (trinta e sete) pessoas concorreram, em diferentes graus de colaboração, para o êxito daquele desiderato criminoso, destacando-se entre elas, **XPX (NOME FICTICIO)**, consoante o item 3.3 da peça, abaixo transcrito:

(Transcrição omitida para preservação do sigilo profissional)

Dessume-se, assim, que o denunciado teria recebido, para si, e em razão de sua função parlamentar, vantagem indevida, paga sempre em espécie, além de ter incorrido em trinta e cinco crimes de lavagem de capitais, tudo sob concurso formal impróprio (art. 70, *in fine*, CP). É dizer, sob o enfoque daquela única ação, vislumbrou o *Parquet* a conjugação de desígnios autônomos, realizados em tipos penais igualmente distintos (art. 317 do CP e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98).

A peça acusatória ainda menciona a guarda, na residência do denunciado em comento, de valores que *poderiam* ser produto de ilícito¹. Ao que parece, essa circunstância, porquanto esteja descrita naquela peça, foi qualificada como relevante penal, sobretudo para se robustecer o enquadramento na Lei nº 9.613/98.

São esses os termos da *imputatio facti* desferida contra **XPX (NOME FICTICIO)**. Cabe analisar, então, se a imputação de lavagem de dinheiro se mostra juridicamente adequada à luz dos fatos deduzidos pelo *Parquet*.

2. A ANÁLISE DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

¹ Em que pese essa referência constar da denúncia, não foi explicitamente articulada, em verdade, a correlação entre o produto ilícito e a importância encontrada por ocasião de cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do denunciado Leonardo Moreira Prudente.

2.1. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

A produção legislativa *antilavagem* de dinheiro desenvolveu-se na esteira da cooperação internacional, notadamente com a conscientização dos Estados Partes de que a criminalidade organizada havia tomado forma empresarial globalizada².

O Brasil é signatário de diferentes instrumentos jurídico-internacionais sobre *lavagem* de dinheiro, destacando-se, entre eles, a Convenção de Viena (1988)³, a Convenção de Palermo (2000)⁴ e a Convenção de Mérida (2003).⁵

² “El fenómeno del blanqueo de capitales tiene un marcado **carácter internacional**. Es decir, sobrepasa las fronteras nacionales de los Estados e implica su desarrollo em otros, com los câmbios de soberania y jurisdicción que conlleva. El resultado es lo que se denomina ‘globalización de las actividades de blanqueo de capitales’. El blanqueo de capitales se desarrolla em um contexto internacional que proporciona una serie de **ventajas** a los blanqueadores, entre las que cabe destacar: a) la posibilidad de eludir la aplicación de normativas muy estrictas, y on ello la jurisdicción de Estados que mantienen políticas duras de control del blanqueo de capitales; b) también possibilita obtener ventajas de los problemas de cooperación judicial internacional y de intercambio de información entre países que tienen normativas diferentes, sistemas penales diferentes y también distintas culturas administrativas; c) por último, permite beneficiarse de las deficiências de la regulación internacional y de sua aplicación, desviando los bienes objeto de blanqueo a aquellos países com sistemas más débiles de control y persecución del blanqueo de capitales.” (destaques no original) (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Arazandi, 2012, pp. 57-58).

³ Disponível em: [<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/convencao-de-viena>]. Acesso: 09.03.2013. A Convenção de Viena, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro via Decreto nº. 154, de 26.07.1991, inaugurou a previsão do que hoje vem a ser chamado de lavagem de dinheiro em documentos do gênero. O seu objetivo principal era claramente o combate ao tráfico ilícito de drogas, por meio do confisco dos proveitos ilícitos, enfraquecendo diretamente aquelas organizações criminosas. Com esse intuito, o referido diploma prevê, em seu artigo 3.1, b, ii, que os países-parte deviam penalizar “a conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes do tráfico ilícito de entorpecentes com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito a fugir das conseqüências jurpidicas de seus atos.” Nota-se que, até então, o único crime antecedente capaz de gerar bens passíveis de reciclagem, segundo a Convenção de Viena, seria o tráfico de drogas.

⁴ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm]. Acesso: 09.09.2013. Como se infere da própria ementa, tal diploma traz em seu bojo um conjunto de regras destinadas ao combate ao crime organizado, sendo incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto Presidencial nº 5.015, em 15.03.2004. O texto, além de apresentar a definição de crime organizado, indica meios capazes

Sob a mesma perspectiva, constata-se que o Brasil vem aderindo às recomendações do Financial Action Task Force – FATF⁶. Ademais, foi criado no ano de 1989 o Grupo de Ação Financeira (GAFI), no âmbito das Nações Unidas, como forma de atuação concentrada e articulada de combater a *lavagem*⁷.

A partir da edição da Lei nº 12.683/2012, o Brasil aderiu ao que se convencionou chamar de terceira geração de legislação *antilavagem*, caracterizada pelo abandono de uma enumeração exaustiva de crimes antecedentes. No entanto, **a legislação aplicável à espécie** situa-se na denominada segunda geração, na medida em

de investigação e conceitua a lavagem em seu artigo 6.1, a, i, como “a conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às conseqüências jurídicas dos seus atos”. Como bem observaram Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, “a Convenção de Palermo vai além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes – além do tráfico de drogas – podem originar bens passíveis de lavagem. O texto aponta que a lavagem decorre da ‘mais ampla gama possível de infrações principais’ ou ‘infrações graves’ (art. 6, 2, a), conceituando-as como atos que constituam infrações puníveis com uma pena de privação de liberdade cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior (art. 2) ou praticadas por meio de organização criminosa (art. 5) ou aquelas relacionadas à corrupção (art. 8) ou os crimes de obstrução da justiça (art. 23). A Convenção de Palermo ainda prevê medidas de regulação e controle de bancos e outras instituições sensíveis à lavagem de dinheiro com escopo de conhecer seus usuários e eventuais operações suspeitas por eles praticados.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29).

⁵ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm]. Acesso: 09.09.2013. O objetivo específico da Convenção de Mérida é o de “promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção” (art. 1, a); “promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos” (art.1, b). Tal instrumento internacional foi adotado pela Organização das Nações Unidas no ano de 2003 e promulgada pelo Brasil em 31.01.2006, por meio do Decreto nº. 5.697.

⁶ Sobre a FATF, remete-se a TURNER, Jonathan E. *Money laundering prevention: deterring, detecting and resolving financial fraud*. Hoboken/New Jersey: John Wiley, 2011. pp. 20/22.

⁷ Para mais informações sobre o GAFI: [http://www.fatf-gafi.org/].

que os fatos são anteriores ao novel diploma. **Cuida-se, portanto, de tipologia fechada de crimes considerados graves.**

Além do ressaltado influxo transnacional, avultaram-se em nosso ordenamento as regras de *compliance*, isto é, obrigações impostas às instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime de *lavagem*. Nenhuma delas, entretanto, tangencia o objeto desse parecer.

É que adiante se pretende lançar luzes sobre a figura típica do delito de *lavagem*, tal qual positivada, para afinal se estabelecer que essa infração consubstancia-se em verdadeiro **processo** mediante o qual se busca introduzir na atividade econômica, com a aparência de lícito, um bem, direito ou valor provindo de uma infração penal prévia⁸.

2.2. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

O delito de *lavagem* de dinheiro consiste em um processo mediante o qual se busca introduzir na atividade econômica, com a

⁸ Para Luiz Régis Prado, bem “vem a ser toda espécie de ativos, seja material, seja imaterial, ou, ainda, qualquer benefício que tenha valor econômico ou patrimonial”. Direito é “tudo que se atribui ou que pertence a determinado sujeito”. Valor, a seu turno, “exprime o grau de utilidade das coisas, ou bens, ou a importância que lhes concedemos para a satisfação de nossas necessidades.” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 355).

aparência de lícito, um bem, direito ou valor provindo de uma infração penal prévia⁹

Nesse sentido, a conduta de reciclagem de capitais justifica-se por um duplo escopo: negar o crime anterior e tornar possível o usufruto dos ganhos por ele gerados¹⁰.

Os professores **GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ** e **PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**, em recente estudo acerca do tema, conceituaram o delito em comento como

*“(...) o ato ou a sequencia de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”.*¹¹

Para **EDUARDO FABÍAN CAPARROS**, o delito de *lavagem* consistiria em **processo**

⁹ Para Luiz Régis Prado, bem “vem a ser toda espécie de ativos, seja material, seja imaterial, ou, ainda, qualquer benefício que tenha valor econômico ou patrimonial”. Direito é “tudo que se atribui ou que pertence a determinado sujeito”. Valor “exprime o grau de utilidade das coisas, ou bens, ou a importância que lhes concedemos para a satisfação de nossas necessidades.” (*Ibidem*).

¹⁰ Carla Veríssimo de Carli, Representante do Ministério Público Federal na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), ao destacar a dupla finalidade do delito em comento acrescenta que “*toda transgressão a normas – sejam elas morais, religiosas, sociais ou legais – ativam vários mecanismos de defesa, destinados, fundamentalmente, a evitar punição*”. E conclui: “*é bem provável que, portanto, condutas hoje consideradas criminosas sejam utilizadas desde que homens obtêm ganhos ao transgredirem normas – sociais ou legais. Talvez por isso NAYLOR afirme que a lavagem de dinheiro poderia ser chamada de ‘o segundo crime mais antigo do mundo’, se qualquer pessoa no passado pensasse que valia a pena considerá-la crime.*” (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de Dinheiro: Ideologias da Criminalização e Análise do Discurso*. 2ª ed, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 78).

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit., p. 21.

“tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier genero de conductas ilícitas, com independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.”¹²

ISIDORO BLANCO CORDERO, a seu turno, enuncia que *“el blanqueo de capitales es el processo em virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal com apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”¹³.*

Com efeito, as vozes mais autorizadas ressaltam que a *lavagem* consuma-se através de um **conjunto de atos organicamente relacionados**; destinados a dissimular e reintegrar determinado saldo criminoso, com aparência lícita, na economia regular. É, portanto, um processo, como já esposado anteriormente.

Não cuida a lavagem de ato pontual mediante o qual os bens de origem ilícita passam a ter aparência de legalidade. Ao revés, consiste em uma série de atuações, realizadas com o fito de desfrutar dos bens sem despertar suspeitas sobre sua origem.¹⁴

¹² CAPARRÓS, Eduardo Fabian. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 76.

¹³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de blanqueo de Capitales*. Pamplona: Arazandi, 2012, p.92.

¹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, p. 89 (tradução livre).

Fiel à ideia de processo, a doutrina identifica essas ações encadeadas em diferentes etapas. A opção pela divisão trifásica, além de mais aceita, coaduna-se com a orientação do Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI¹⁵.

O *caput* do art. 1º da Lei 9.631/98 veicula aquelas que seriam as duas primeiras fases do processo de lavagem: “*ocultar ou dissimular a natureza¹⁶, origem¹⁷, localização¹⁸, disposição¹⁹, movimentação²⁰ ou propriedade²¹ de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

A ocultação consiste, portanto, na primeira fase daquele *iter*. O produto ilícito está mais próximo de sua origem infracional e, conseqüentemente, mais revelável. Ocasão em que **o agente procura distanciar-se ao máximo dos bens, direitos ou valores de origem criminosa**, para posteriormente reintegrá-lo. ²²

¹⁵ Vale aqui uma consideração: não são claros os limites que separam as diferentes etapas do processo de *lavagem*, sendo comum a sobreposição dessas fases.

¹⁶ “*Essência, a substância, as características estruturais ou a matéria*”. (TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro: Anotações às Disposições Criminais da Lei nº. 9.613/98*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65).

¹⁷ “*Procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido*”. (*Ibidem*).

¹⁸ “*A situação atual, o lugar onde se encontra*”. (*Ibidem*).

¹⁹ “*Qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita*” (*Ibidem*).

²⁰ “*No sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis*” (*Ibidem*).

²¹ De acordo com Rodolfo Tigre Maia significa “*domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono*”. (*Ibidem*).

²² Nessa toada, o verbo ocultar significa “*não deixar ver*”, “*tirar de circulação*”, “*subtrair da vista*”, “*esconder*” o passado criminoso do bem, direito ou valor que será reintroduzido na economia com aparência lícita (*Ibidem*).

Além da nítida intenção de distanciamento, nota-se que a ocultação prepara o objeto da *lavagem* (o produto ou proveito infracional) para a fase seguinte, denominada dissimulação.

Seria um contrassenso supor que o simples recebimento ou a mera guarda de valores em espécie incidiria no conceito de ocultação, pela singela constatação que, nessa hipótese, não se denota qualquer *distanciamento*.

A dissimulação, a seu turno, compreende o(s) ato(s) posterior(es) à ocultação, notadamente uma ocultação qualificada pela astúcia. Daí porque a “*criação de múltiplas camadas de transações que distanciam, ainda mais, os fundos de sua origem ilegal*”²³.

Ultrapassadas as fases anteriores de ocultação e mascaramento dos proveitos criminosos, é preciso dotá-los de vestes lícitas e proporcionar uma justificação idônea àquela riqueza gerada. Inicia-se, por conseguinte, a fase de (re)integração, ocasião em que os fundos retornam à economia regular com aparência lícita.

É bom que se diga, desde logo, que a legislação brasileira não exige a completude do ciclo de *reciclagem* para caracterização do crime de *lavagem*. Bastaria a realização de qualquer etapa para se

²³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. Cit.* Para ser mais fiel ao brilhante estudo realizado pela Procuradora Regional da República da 4ª região, foi adotada a expressão “estratificação” para definir a segunda etapa da lavagem.

implementar o tipo objetivo, condicionada, por óbvio, à verificação de que aquele ato é parte integrante do processo de lavagem.

Superada essa breve exposição, resta saber se a denúncia descreve condutas idôneas à caracterização do delito de *lavagem*.

3. A IMPOSSIBILIDADE, EM SEUS MÚLTIPLOS PLANOS, DE SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO DELITO

Conforme se verá nas linhas seguintes, a conduta de receber vantagem indevida *“como forma que todos praticaram (sic) de ocultar e dissimular sua natureza, origem, localização, movimentação e propriedade, incorrendo no crime de lavagem de dinheiro, mensalmente”* poderia ilustrar a simples propensão para o cometimento da *lavagem*, jamais o emprego de um meio idôneo a realizar o tipo penal objetivo.²⁴

Por mais que não se exija qualquer sofisticação para a *dissimulação* da quantia ilícita, é necessário que esse encobrimento

²⁴ Nessa trilha, Aránguez Sánchez menciona outros exemplos de condutas não típicas, relativamente ao tipo de ocultação e dissimulação: a utilização ou posse de bens com o conhecimento de sua origem ilícita (o que, para nós, seria típico ao menos na modalidade “guardar” e “ter em depósito”, bem como se a “utilização” ocorrer “na atividade econômica ou financeira” – o que excluiria, por exemplo, o uso pessoal, pela esposa ou companheira do traficante, de joias adquiridas com proventos do crime); a simples posse injustificada de bens (sem que se possa demonstrar sua relação com algum delito); a atividade comercial da vida cotidiana (dando como exemplo o pagamento de conta de supermercado, feito pela esposa do traficante, com dinheiro obtido naquela atividade ilícita). (Sánchez, Carlos Áranguez. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 242-250 apud. Veríssimo, Carla – *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 196).

seja apto a afetar a Administração da Justiça, dificultando o rastreamento da origem ou o destino dos valores.

Sobreleva anotar, nessa linha, que para o perfazimento de qualquer delito, é indispensável que esteja presente o elemento subjetivo. No caso específico do delito de lavagem de capitais,

“(...) ainda que o delito esteja consumado desde a fase inicial de ocultação, há um elemento subjetivo que permeia todas as etapas do crime em tela: a vontade de lavar o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de licitude. Em outras palavras, ainda que no plano objetivo seja suficiente a mera ocultação dos bens para a caracterização da lavagem de dinheiro, na esfera subjetiva sempre será necessária a intenção de reciclar os bens, o desejo de completar o ciclo da lavagem”.²⁵

Parece claro que a simplória ilação de que estavam os denunciados *“cientes de que os valores tinham origem em atos de organização criminosa voltada para a prática de crimes contra a Administração Pública”*, de forma não individualizada, totalmente genérica, não satisfaz tal exigência.

Nesse sentido, colaciona-se esclarecedor trecho da ementa de v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região²⁶:

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 25.

²⁶ TRF2, ACR 200451014900212, Primeira Turma Especializada, DJU 15/01/2007).

“O crime previsto no art. 1o, § 1o, II da Lei de Lavagem assume a forma de uma "receptação específica", pois visa penalizar aquele que recebe bens, direito ou valores que sejam produto dos crimes precedentes previstos no caput do art. 1o. O núcleo receber (art. 1o, § 1o, II) é rigorosamente o mesmo da receptação (art. 180 do CP), significando tomar posse da coisa ainda que ausente o animus rem sibi habendi. A conduta tipificada reveste-se da característica própria aos crimes permanentes: a consumação se protraí durante todo o tempo em que os agentes permaneceram na posse do produto do crime. Todavia, não basta apenas que o agente receba os bens que saiba serem oriundos de qualquer dos crimes antecedentes. Torna-se imprescindível a comprovação do elemento subjetivo do tipo, traduzido no intuito de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade daqueles bens.”

Além disso, a narrativa constante da denúncia não permite identificar lesão ou perigo concreto ao bem jurídico penalmente tutelado²⁷, sobretudo à luz da Teoria da Imputação Objetiva.

Acerca dessa Teoria, concebida como construção limitadores da causalidade, **Claus Roxin**²⁸ sustenta que

²⁷ João Carlos Castellar, em trabalho específico acerca do tema, percorre as diferentes e **controvertidas** correntes que buscam definir qual seja o bem jurídico tutelado pelo delito de *lavagem* de capitais. Segundo o autor, já foram invocados como sendo o bem jurídico tutelado: (i) saúde pública; (ii) bem jurídico protegido pelo delito antecedente; (iii) ordem socioeconômica, subdivida em livre concorrência e livre circulação de bens no mercado; (iv) administração da justiça; e (v) pretensão estatal ao confisco das vantagens do crime. (CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro - A questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 153 e ss.).

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

“só é imputável aquele resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade. Logo, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade não são típicos. Equipara-se a possibilidade de domínio através da vontade humana (finalidade objetiva) à criação de um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.”

Assim, a criação de risco não permitido para um bem jurídico é o critério mais claro e adequado para servir de esteio à distinção entre o exaurimento do crime antecedente – a corrupção passiva, nesse particular – e a tipicidade do crime de ocultação ou dissimulação de bens.

Em outras palavras, a criação do risco ao bem protegido pela incriminação da *lavagem* de capitais há de ser o marco que diferencia, por um lado, um *pós-fato* impunível relativo ao delito prévio e, lado outro, o início da execução (punível) da *lavagem*. De molde que a controvérsia acerca da natureza do bem jurídico tutelado pelos tipos penais de *lavagem* acarreta importantes consequências práticas.

A primeira delas diz respeito à imposição (ou não) de pena àquele que pratica o crime antecedente como autor ou partícipe e, uma vez auferido o lucro, realiza uma das condutas puníveis da Lei nº 9.613/98.

A Lei brasileira sobre *lavagem* silencia sobre o tema: embora não exclua a punição pela ocultação em relação àqueles que

produziram a vantagem com o cometimento da infração prévia, também não tipifica expressamente essa conduta.

Para os autores que acreditam que a *lavagem* de capitais agride o mesmo bem jurídico do delito antecedente ou a administração da justiça²⁹, o autor ou partícipe do crime prévio que se limita a receber suborno em espécie e mantê-lo em guarda não poderá ser apenado pelo crime consequente.

Nessas hipóteses a ocultação contribuiria apenas para a manutenção da mesma situação antijurídica produzida pela infração precedente.

Nada obstante, a doutrina majoritária entende que é possível o concurso delitivo entre o crime prévio e a lavagem de dinheiro quando o mesmo agente participa de ambos. Afinal, sua fundamentação faz crer que a dupla punição – quando diversos os bens jurídicos dos dois crimes sucessivos – é devida.

Nessa linha, JUANA DEL CARPIO DELGADO³⁰ nega que o princípio da consunção possa beneficiar, indistintamente, o autor dos dois delitos para que só se imponha pena pelo crime precedente.

²⁹ Nesse sentido, TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro: Anotações às disposições criminais da Lei nº. 9.613/98*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007; PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 24, pp. 209-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1988; entre outros.

³⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales*. Revista General de Derecho Penal 15, 2011.

No mesmo sentido é a doutrina de ANDRÉ LUÍS CALLEGARI³¹, cujas lições suscitam a seguinte colação:

“Não é possível a aplicação do princípio da consunção ao delito de lavagem, porque para que ocorra um fato posterior impune é necessário que o fato posterior praticado pelo sujeito não lese um bem distinto ao vulnerado pelo delito anterior, isto é, a conduta do sujeito ativo deve lesionar um mesmo bem jurídico. Assim, os tipos penais prévios previstos na Lei de Lavagem de capitais teriam que já incluir o desvalor da própria lavagem. Mas, isso não ocorre, pois não há identidade de bem jurídico protegido entre os delitos prévios e o posterior delito de lavagem, uma vez que o delito de lavagem é uma figura autônoma que tem seu próprio bem jurídico, o que permite diferenciar com exatidão este delito com relação aos delitos prévios. Deste modo, a conduta de lavagem de capitais do sujeito que também tenha participado do delito prévio lesiona um novo bem jurídico, permitindo a apreciação de uma nova inflação, independente da que se realizou previamente. Portanto, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha participado no delito prévio, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior (...) ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam.”

Há, porém, um importante mote a ser destacado. Mesmo para a doutrina que admite a dupla incriminação, a atuação típica posterior restará impune quando não se lesione com ela bem jurídico diverso.³²

³¹ CALLEGARI, André Luís. *Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro*. Revista brasileira de ciências criminais, v. 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 183-200.

³² CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Tirant Lo Blanc, 1997, p. 96.

Nesse sentido, citando as regras que disciplinam o concurso de crimes, CARPIO DELGADO³³ afirma que o interveniente no crime prévio só restaria impune pela lavagem caso essa última infração se incluísse **“numa mesma linha de progressão no ataque a um mesmo bem jurídico.”**

Afigura-se, nessa toada, que o autor do crime prévio só seria apenado duplamente se, no desiderato de esconder o lucro ilegal, utilizasse de meios que fossem criminosos em si mesmos – a evasão de divisas ou a falsidade documental, por exemplo.

Ora, a *imputatio facti* consiste em ter o agente recebido, pessoalmente a vantagem indevida, em dinheiro, sem o cometimento de qualquer novo ilícito penal. Além disso, não houve qualquer intuito de se impregnar de aparência lícita àqueles valores de origem delituosa, tal como exige o tipo penal³⁴.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Nota-se, assim, que o tipo penal previsto na cabeça do art. 1º, da lei de lavagem de dinheiro pressupõe algum ato de encobrimento, o que faz com que o uso aberto do produto do crime ou sua manutenção com essa finalidade não caracterize a *lavagem*.

Vejamos trecho de interessante acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º, DA LEI 9.613/98. NULIDADES PROCESSUAIS. INOCORRÊNCIA. CRIME ANTECEDENTE. DINHEIRO ILÍCITO. OCULTAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. (...) **6. A conduta de pagar contas com dinheiro ilícito, mas de forma aberta, não camuflando ou transmutando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir, desde o início, planejado pelo agente.** 7. Importante ressaltar que tanto a conduta descrita no caput do art. 1º da Lei nº 9.613/98, quanto a referida no § 1º, exigem a finalidade de ocultar ou dissimular a origem ou a utilização de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes referidos naquele tipo penal. (...) (TRF4, ACR 2005.72.00.000260-8, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 20/08/2008 – grifou-se).

É que, como bem esclareceu CELSO SANCHEZ VILARDI, “qualquer procedimento que objetive esconder a origem criminosa deve ser entendido como típico, se houver prova de que este procedimento é parte integrante do processo de lavagem”.³⁵

Afinal, “não basta, pois, ocultar ou esconder; é necessário que a ocultação integre o processo de lavagem, daí não se poder aplicar o significado literal do verbo ocultar, para explicar esse tipo penal.”³⁶ **Trata-se de critério objetivo, que deve ser cotejado com o dolo do agente.**

Nota-se, muito claramente, que embora o objeto material da *lavagem* seja o proveito de uma infração penal anterior, nem todo comportamento do agente que praticou o crime prévio caracterizará o início da execução do crime de lavagem de capitais.³⁷

CELSO SANCHEZ VILARDI³⁸, oportunamente, colaciona pequeno trecho da obra de JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, em que o professor espanhol resumiu as teorias utilizadas para a individualização do ato inicial do crime de lavagem – *verbis*:

³⁵ VILARDI, Celso Sanchez. *O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

³⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 18.

³⁷ Em regra, obviamente, aquele que pratica um crime com resultados patrimoniais o faz justamente imbuído da intenção de posteriormente usufruir daquilo que foi auferido criminosamente - o que é irrelevante para a administração da justiça. É o simples aproveitamento do produto do crime, cujo desvalor já está contemplado na ação criminosa anterior.

³⁸ VILARDI, Celso Sanchez. *Op. Cit.*, p. 21.

(...) pela teoria de Frank 'hay que entender como principio de ejecución todos aquellos actos que, por su necesaria pertenencia a la acción típica según la concepción natural, aparecen como partes integrantes de ésta'; - pela teoria de Rodrigues Mourillo, deve-se combinar a teoria de Frank com elementos das teoria subjetivas, salientando a 'necessidade de tener em cuenta el plan del autor' e a 'necesidad de la puesta em peligro del bien jurídico para que um acto pueda considerarse ya ejecutivo'; - pela teoria de Cobo de Rosal y Vives Antón é necessário ter em conta a idoneidade do ato praticado, para a produção do resultado; e pela teoria de Gimbernat Ordeig e Mir Puig o critério está ligado à 'inmediatez temporal com el fin de aproximar los actos ejecutivos al tipo'³⁹.

No trecho transcrito é perceptível não só a presença de teorias objetivas, mas também de teorias subjetivas da tipicidade.

E não é outro o entendimento de **BLANCO CORDERO**:

"(...) la solución de los supuestos planteados há de venir de la mano de la denominada teoría objetivo material completada por los criterios como el plan del autor, la inmediatez temporal a la realización de los elementos del tipo y la puesta em peligro inmediata del bem jurídico." ⁴⁰

CELSO VILARDI destaca, igualmente, a relevância do bem jurídico para dirimir a questão – *verbis*:

"(...) mesmo estes dois critérios – que me parecem essenciais – deverão ser analisados em conjunto com o conceito de lavagem de dinheiro. Em outras palavras, além da idoneidade do meio empregado e da verificação do abalo ao bem juridicamente tutelado, há que se identificar o ato

³⁹ VILARDI, Celso Sanchez. *Ibidem*, pp. 21-22.

⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de Capitales*. Pamplona: Arazandi, 2012, p. 790.

como integrante do processo, ou do plano criminoso seja através do conhecimento do plano do autor, seja através do conhecimento do processo de lavagem utilizado.”⁴¹

No caso referido na consulta, remarque-se, o Ministério Público Federal descreveu a seguinte conduta típica:

“Cientes de que os valores tinham origem em atos de organização criminosa voltada para a prática de crimes contra a Administração Pública, os pagamentos ocorriam em espécie, como forma que todos praticaram de ocultar e dissimular sua natureza, origem, localização, movimentação e propriedade, incorrendo no crime de lavagem de dinheiro, mensalmente (...).” (grifou-se)

Note-se que o *Parquet* descreveu a mesma conduta de receber vantagem em espécie como elementar do tipo de corrupção passiva:

*“(...) o denunciado **XPX (NOME FICTICIO)**, em 2006, recebeu para si, na condição de **XPX (NOME FICTICIO)**, vantagem indevida, consistente em dinheiro em espécie (...).”*

À toda evidência, o recebimento de valores em espécie, de *per se*, não possui o condão de caracterizar o crime de *lavagem* de dinheiro – nem mesmo os seus atos iniciais. Tais etapas do processo estariam situadas muito além daquele momento descrito na

⁴¹ VILARDI, Celso Sanchez. *Op. Cit.* p. 22.

denúncia. Cuida-se, ainda, do objeto material do eventual crime de corrupção passiva.

Nesse sentido, já se manifestou o eg. STJ:

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONDUTAS DE OCULTAR OU DISSIMULAR. NECESSIDADE. CRIME DERIVADO, ACESSÓRIO OU PARASITÁRIO. EXIGÊNCIA DE DELITO ANTERIOR. PUNIÇÕES AUTÔNOMAS. EXISTÊNCIA DE CONCURSO DE CRIMES. CONFIGURAÇÃO DE CRIME ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO. PRECEDENTES. JURISDIÇÃO PENAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. EMPRÉSTIMO DE REGRESSO. DENÚNCIA RECEBIDA. I - O mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro, que requer a prática das condutas de ocultar ou dissimular. Assim, não há que se falar em lavagem de dinheiro se, com o produto do crime, o agente se limita a depositar o dinheiro em conta de sua própria titularidade, paga contas ou consome os valores em viagens ou restaurantes. (...) (APn 458/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2009, DJe 18/12/2009) (destaques nossos).

A peça acusatória em nenhum momento descreveu qualquer conduta do agente posterior, ou mesmo simultânea, ao suposto recebimento da propina apta a escamotear a origem daqueles valores.

A propósito, o fato de ter sido localizado no interior da residência daquele denunciado certa quantia em dinheiro também não é suficiente para caracterizar o crime de *lavagem*.

A *uma*, porque a denúncia não descreveu tal conduta como parte integrante do **processo** de *lavagem*.

A *duas*, porque o suposto meio escolhido pelo autor para a prática do crime há de ser hábil a produzir o resultado desejado, qual seja, **distanciar** (ocultar) o objeto material do crime de seu autor *ou* **ocultar com astúcia** (dissimular) a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Acautelar valores na própria residência não pressupõe nenhum distanciamento entre objeto e sujeito e muito menos seria suscetível de dissimular o passado criminoso daqueles bens (se é que de origem criminoso).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também já decidiu assim:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. A simples guarda do produto do crime antecedente não é suficiente para configurar, por si só, o crime de lavagem de dinheiro. (sem grifos

no original; TRF4, ACR 0002086-79.2007.404.7200, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 10/07/2012).

Essa posição é inatacável, mesmo porque o princípio constitucional do *ne bis in idem* veda a responsabilização do autos do crime prévio em casos como o vertente.

Ora, a evolução patrimonial é a própria finalidade da corrupção. Não fosse por isso, não seria pacífico na doutrina e jurisprudência que **o recebimento do dinheiro, em crimes de corrupção, configura mero exaurimento desse injusto.**

Nesse insólito cenário de ideias, o simples ato de enriquecer e, portanto, ter em depósito dinheiro proveniente de crime resultaria em uma condenação por *lavagem* de capitais (art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98).

Aliás, a Lei nº 12.683/2012, manejada para extinguir o rol taxativo de crimes precedentes, se assim fosse interpretada, redundaria em um sem número de condenações por *lavagem*, sempre que a infração prévia guardasse algum conteúdo econômico. Não era essa a *ratio essendi* da criminalização, ao menos antes do advento dessa nova Lei, conforme se lê na exposição de motivos da Lei nº. 9.613/1998.⁴²

⁴² <http://www.planalto.gov.br>

Eventual omissão legislativa a respeito, antes de significar a plena possibilidade de dupla responsabilização, acena para uma posição tradicionalmente adotada na história da legislação penal brasileira, em que a observância do princípio do *ne bis in idem* é deixado ao prudente critério do juiz, não sendo positivada – embora dispositivos sobre o conflito aparente de normas constatassem de certas proposições legislativas, inclusive do Código Penal de 1969.

Aqui, cabe tecer algumas considerações sobre o princípio do *ne bis in idem*.

Trata-se de importante mecanismo limitador do furor punitivo, impedindo a dupla punição do acusado pelo mesmo fato (viés material), bem como assegurando que ele não será processado pelo mesmo fato principal (viés formal).⁴³

LUIZ RÉGIS PRADO, com amparo nas lições de **ESTRELLA ESCUCHURI AISA**, afirma que:

“(...) o conteúdo penal substancial do ne bis in idem exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a

⁴³ No mesmo sentido, “no solo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho em más de una oportunidad”. (BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madri: Noeses, 2002, p. 95).

dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores.”⁴⁴

Embora não esteja positivada expressamente, a garantia da vedação à dupla incriminação encontra respaldo implícito em outras garantias de curial relevância a Constituição, como a garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), bem como da proporcionalidade, que decorre do devido processo legal substancial (art. 5º, inc. LIV, CF).

Nessa mesma trilha:

A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material prevalece sobre o dever estatal de acusar. (STF, HC 86606, Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJ 03/08/2007) ;

A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do non bis in idem: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. (STF, Ext 871, Min. CARLOS VELLOSO, Pleno, DJ 12/03/2003)

É dizer, ainda que possível a configuração da tipicidade formal, a dupla punição avança sobre núcleo intangível de direitos

⁴⁴ PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit.*, p. 159.

humanos fundamentais, bem como sobre princípios basilares de nosso ordenamento.

Por isso é que, ao objetivar a condenação do réu às penas de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, em concurso formal, a pretensão acusatória aspira sobrepor-se aos valores consagrados pela Constituição.

Convém ainda ressaltar que, dentre os países que enfrentaram legislativamente a questão, apenas os Estados Unidos e a Inglaterra – países com sistemas jurídicos diametralmente opostos ao nosso – preveem a punição daquele que *lava* recursos que obteve pessoalmente com a prática dos crimes antecedentes.

Em países de sistemas mais próximos ao nosso, a resposta foi no sentido de restar **impunível** tal conduta. O Código Penal Alemão, *e.g.*, estabelece que “*no será castigado quem for punível de participação no crime antecedente*”⁴⁵. O mesmo sucede na Itália, que expressamente previu em seu Código Penal a exclusão de punibilidade do autor do crime antecedente pela prática de lavagem de dinheiro.

O Supremo Tribunal de Justiça português, no aguardo da providência legislativa, decidiu que o autor do crime de *lavagem*

⁴⁵ Código Penal Alemão (em espanhol) disponível em www.juareztaavares.com Acesso em 19.06.2013.

não pode ser o próprio autor do crime antecedente.⁴⁶ Também na Espanha domina o entendimento de que a ocultação ou dissimulação do produto do crime pelo próprio autor do crime antecedente seria *post factum* não punível⁴⁷.

Assevera ALBERTO SILVA FRANCO⁴⁸ que:

“(...) o significado fulcral do princípio constitucional ne bis in idem reside no seu caráter bifronte: uma face processual e outra material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Com razão, assevera-se que tal princípio ‘representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal’. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais.”

Nessa linha de ideias, posicionou-se o e. TRF da 4^a

Região:

Logo, não é a obtenção de dividendos por meio das condutas enumeradas nos incisos do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 que configura lavagem de dinheiro, mas sim o ato de ‘ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes’ dessas infrações, pouco importando o momento em que as mesmas restaram configuradas.

⁴⁶ Processo 972/99, disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, www.stj.pt, acesso em 19.06.2013.

⁴⁷ BLANCO, Cordero Isidoro. *El delito de blanqueo de Capitales*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 480 e ss.

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.8.

Raciocínio diverso resultaria na inevitável conclusão de que esse diploma legal incorre em bis in idem, pois penalizaria duplamente tais práticas delitivas anteriores. Ora, a toda evidência, interessam à persecutio criminis tão-só as irregularidades concernentes ao 'branqueamento de capitais'. (...) (TRF4, AC 2006.71.00.003146-5/RS, Des Fed. Élcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, DJU 11/10/2006).

O magistrado **FAUSTO DE SANCTIS**, em sua recente obra "*Combate à lavagem de dinheiro – Teoria e Prática*", destaca:

Na lavagem de dinheiro a punição somente se justifica quando a conduta não seja desdobramento natural do delito antecedente, uma vez que a punição apenas se legitima ao se verificar modo peculiar e eficiente de dificultar a punição do Estado. Exige-se uma conduta (ação ou omissão) voltada especificamente à 'lavagem'. Haverá, assim, tão-só a pratica do crime precedente quando a conduta de lavagem for considerada uma utilização ou um aproveitamento normal das vantagens ilicitamente obtidas. Do contrário, haveria verdadeiro bis in idem e punição inadequada do autor do fato antecedente por delito de Lavagem de Dinheiro. (Ed. Millenium, p. 41).

Incontestável, portanto, que a *ação* de perceber valores indevidos foi sopesada duplamente, sobretudo porque o ato de receber em espécie foi descrito isoladamente (e não integrado a outros atos destinados a dar aparência lícita àqueles valores, bem como desconectado do desígnio de lavá-los).

É manifesto que o desvalor da conduta foi integralmente açambarcado pelo conteúdo da norma penal prevista no art. 317 do

CP. Não há que se falar em concurso de crimes nesse particular. Quanto à invocação do princípio do *ne bis in idem*, não é outro o entendimento que vem prevalecendo nos tribunais⁴⁹:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA COMPROVADA DO CRIME DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DISSIMULADA (LEI Nº 7.492/86, ART. 16). OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AOS IMPUTADOS CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (LEI Nº 7.492/86, ART. 4º, CAPUT) E DE CONTABILIDADE PARALELA (LEI Nº 7.492/86, ART. 11). COMPARECIMENTO DE BIS IN IDEM E FALTA DE PROVA QUANTO AO COMETIMENTO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI Nº 9.613/98, ART. 1º). AUSÊNCIA DE DOLO QUANTO AO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA (LEI Nº 7.492/86, ART. 5º). (...) 3 - Em claro bis in idem, a sentença apelada identificou crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º) na prática dos mesmos atos que levaram à condenação do réu pelo crime de instituição financeira dissimulada. Ausência de prova de ter o acusado praticado operações de ocultação ou dissimulação dos valores oriundos do crime de instituição financeira dissimulada. (...) 6 - Apelação parcialmente provida. (PROCESSO: 200381000209062, ACR5306/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 23/08/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 05/09/2012 - Página 356, sem grifos no original).

⁴⁹ PROCESSO: 200481000167760, ACR6176/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 02/02/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 23/02/2012 - Página 293); TRF4, HC 2009.04.00.015092-0, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 10/06/2009); TRF4, ACR 0005703-81.2006.404.7200, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 29/11/2012); e (TRF4, ACR 2003.71.00.050890-6, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 25/10/2012).

Assim concluindo, ressalta-se a arguta percepção de FERNANDA LARA TÓRTIMA, para quem “*não é justificável a punição de uma conduta, que não apenas necessariamente acompanha a conduta anterior como também lhe dá sentido.*”⁵⁰

É dizer, o meio utilizado revela-se, nesse particular, circunstância indissociável para percepção da suposta vantagem obtida com o fato principal, isto é, “*aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece.*”⁵¹

E não é só.

A denúncia, por coerência, deveria atribuir **específica e claramente** a XPX (NOME FICTICIO), e isso ela não faz, alguma circunstância fática no sentido de que ele concorreu ou, ao menos, **sabia** da origem ilícita daqueles valores que ele receberia, e para cuja *ocultação e dissimulação* convergira.

A propósito, parece significativo que não se tenha imputado a XPX (NOME FICTICIO) participação no criminoso esquema de arrecadação de recursos públicos.

⁵⁰ TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Francesco Munoz Conde*, Org. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 377.

Como já se viu, não basta o conhecimento de que tais valores decorrem de crime contra a Administração Pública. Concomitantemente a demonstração de que o agente conhecia a procedência criminosa, é essencial a demonstração de que ele agiu com consciência e vontade de encobrir o proveito criminoso objetivando dar aparência lícita àqueles valores.

É imprescindível, sobretudo, que o autor da lavagem de capitais tenha *“consciência de que atua para ocultar ou dissimular dinheiro, bens ou valores e que sabe que a procedência desses está relacionada com a comissão de crimes previstos na Lei de Lavagem brasileira”*.⁵²

E não se diga que o concurso formal impróprio apontado pelos signatários da denúncia se compatibiliza com o dolo eventual, já que a expressão *“desígnio”* necessariamente abrange o dolo direto⁵³. E, se o denunciado em comento não sabia, e *tampouco deveria ele saber*, da prévia ilicitude daqueles recursos, torna-se manifesta a insubsistência da denúncia também nesse ponto.

Uma negligência, ainda que grosseira, não configura o tipo penal da *lavagem*. MUÑOZ CONDE elucida as características do tipo de branqueamento negligente existente no direito interno espanhol:

⁵² CALLEGARI, André Luís. *Op. Cit.*, p. 157.

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 349.

(...) que considera que o tipo de branqueamento negligente vigente em Espanha só pode abranger, como autores, as pessoas que, por virtude de legislação especial, se encontrem obrigadas a adoptar medidas de prevenção do branqueamento de capitais. (Derecho penal, Parte especial, p.477).

A propósito, o Eg. Superior Tribunal de Justiça já assentou que:

“(...) é necessário, isto sim, que o sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro tenha ciência quanto aos elementos do tipo, aí incluindo o conhecimento quanto a origem criminosa dos bens ou valores.”⁵⁴

ANTÔNIO SERGIO DE MORAES PITOMBO, em sua arguta obra *Lavagem de dinheiro – atipicidade do crime antecedente*, discorre que:

“(...) na lavagem de dinheiro, tipo doloso, o agente conhece e quer os elementos objetivos do tipo. Assim, mostra-se imprescindível que ele tenha ciência da natureza ilícita dos bens, antes ou durante a prática da lavagem de dinheiro.”⁵⁵

Em igual sentido, entende **RAUL CERVINI**:

“(...) todos os crimes previstos na lei são dolosos. Em momento algum o legislador fez menção a figuras culposas, razão pela qual somente será possível o enquadramento de comportamentos onde a consciência da ilicitude esteja patente.”⁵⁶

⁵⁴ STJ, 6ª T., HC n. 36.837/GO, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 06.12.2004.

⁵⁵ PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. *Lavagem de dinheiro – atipicidade do crime antecedente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

⁵⁶ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 327.

Sobre a necessidade da “razoável certeza da existência do crime anterior do qual, quer imediata, quer mediatamente, originou-se o bem reciclado”, também já posicionou-se o eg. Tribunal Federal da 4ª Região.⁵⁷

É indisputável, pois, que a alegada ciência de L.P. sobre os crimes praticados pela quadrilha (art. 288, CP) deveria ser satisfatoriamente descrita na denúncia, de molde que se evidenciasse sua intenção deliberada de aderir à conduta da suposta associação para auxiliá-los no mascaramento da origem ilegal dos valores.

4. CONCLUSÃO

Do exame da argumentação desenvolvida, conclui-se que a *imputatio facti* não pode se subsumida ao tipo penal inserto nas hipóteses da Lei nº 9.613/98.

Parece fora de dúvida que, nesse particular, a causa de pedir ministerial arrimada no inciso VII do art. 1º da Lei de Capitais, a saber, quando o crime antecedente seria o de organização

⁵⁷ 8ª T., Rel. Des. Elcio Pinheiro de Castro, AP nº 2000.72.08.000638-9, DJ 10/01/2007.

criminosa, revela-se absolutamente improcedente ante a ausência de criminalização dessa figura penal àquela época.

No que se refere à imputação estampada no inciso V, art. 1º, daquele mesmo diploma, a impossibilidade de penalização evidencia-se em múltiplos planos.

Ressalte-se que a descrição de fatos pelo *Parquet* não se coaduna com o conceito de *lavagem*, não evidenciando a realização típica desse delito, seja pelo seu aspecto objetivo, seja pelo seu aspecto subjetivo. Some-se a isso o importante fato de que afivelar o delito de *lavagem de dinheiro* a **XPX (NOME FICTICIO)** obviaria, no caso vertente, em odioso *bis in idem*.

5. RESPOSTA AOS QUESITOS

Na linha do longamente exposto e debatido, impende responder aos quesitos formulados da forma objetiva que se segue:

1º Quesito: *À vista dos fatos atribuídos ao denunciado XPX (NOME FICTICIO) na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal em seu*

Fragoso
Advogados

desfavor, é correta sua subsunção ao art. 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98?

Resposta: Não. A conduta não é objetiva e nem subjetivamente típica à vista do disposto no art. 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98.

2º Quesito: *Queira aduzir demais esclarecimentos pertinentes à hipótese.*

Resposta: Constam eles do Parecer.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2013.

Fernando Fragoso