

**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO LUIZ FUX; D.D. RELATOR DOS EMBARGOS
INFRINGENTES NA AP- 470**

JOÃO PAULO CUNHA, por seu defensor, nos autos da Ação Penal supra nomeada, com fundamento no disposto pelo art. 333, inciso I, do RISTF, respeitosamente vem à elevada presença de Vossa Excelência a fim de opor **EMBARGOS INFRINGENTES** contra o v. acórdão de fls. que por 6 votos a 5 impôs-lhe a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro e por 5 votos a 4 impôs-lhe a perda do mandato imediatamente após o trânsito em julgado da condenação pelas razões que seguem em anexo.

Termos em que, do processamento,
Pede deferimento.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON
OAB/SP n. 65.371

EGRÉGIO PLENÁRIO,
DOUTO RELATOR,
EMINENTE PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA,

I - O CRIME DE LAVAGEM:

1. As premissas da condenação:

O d. voto condutor do v. aresto embargado fixou-se no procedimento prévio ao recebimento dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para concluir pela procedência da denúncia com relação ao crime de lavagem de dinheiro. No seu entendimento, os mecanismos anteriores ao recebimento da vantagem é que tipificariam o crime. Eis os procedimentos apontados:

- Emissão de cheque pela SMP&B oriundo da conta mantida no Banco Rural, com o respectivo endosso, sem qualquer identificação de outro beneficiário além da própria SMP&B;
- A agência onde o cheque foi emitido enviava um fax para a agência de destino confirmando a posse do cheque e *“autorizando o levantamento dos valores pela pessoa indicada informalmente pela SMP&B, no caso, a esposa do acusado, Sra. Márcia Regina Milanésio Cunha”* (fl. 52.280);
- Nessas operações de lavagem, o Banco Rural, apesar de saber quem era o verdadeiro sacador, não registrava o saque em nome do verdadeiro sacador/beneficiário. *“A própria SMP&B aparecia como sacadora, com a falsa alegação de que os valores se destinavam ao pagamento de fornecedores”* (idem);

Tanto se tomou em consideração esse mecanismo prévio ao recebimento do dinheiro que, para o em. Relator, “até mesmo se o próprio Sr. JOÃO PAULO CUNHA tivesse se dirigido pessoalmente à agência do Banco Rural em Brasília, teria praticado o crime de lavagem de dinheiro” (fls. 52.280/81). Numa palavra, “o meio empregado para receber a vantagem indevida configurou, no caso, **crime autônomo de lavagem de dinheiro**” (fl. 52.283).

A mesma linha de pensamento foi adotada pelo em. Min. GILMAR MENDES para quem o procedimento utilizado para o saque é que importa e não a simples utilização da esposa (fls. 53.942; 944; 946 e 947).

Já para os eminentes Ministros LUIZ FUX, CÁRMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO central foi o recebimento do dinheiro por interposta pessoa, isto é, a esposa do ora Embargante (cf. fls. 53.153; 53.419 e 54.093).

Por fim, o em. Min. CELSO DE MELLO, sem explicitar o fundamento, acolheu a denúncia nessa parte tendo em vista os crimes antecedentes contra a Administração Pública (fl. 54.074).

Com a devida *venia* da d. maioria que se formou, a razão está com os cinco outros il. julgadores que absolveram o Embargante. Primeiro, porque ele **não** foi acusado de ter participado dos mecanismos de lavagem anteriores ao recebimento da vantagem apontada na denúncia. Sequer há prova de que tivesse consciência deles. Depois, porque a interposição da esposa do Embargante para o recebimento da propina representa o momento consumativo do crime previsto no art. 317 do C. Penal.

2. A acusação e sua delimitação:

A denúncia oferecida contra o Embargante e outros 39 acusados apontou a existência de uma quadrilha que se dividia em 3 núcleos: o “**principal**” (fl. 5.621), composto por JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, SILVIO PEREIRA e JOSÉ GENOÍNO. Este núcleo

era também denominado de “**núcleo político**”. Dele, porém, segundo a denúncia, o Embargante não fazia parte.

Depois, apontou-se a existência de um “**núcleo operacional**” composto por MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CHRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS DOS SANTOS (fl. 5.622). Dele também o Embargante, segundo a denúncia, não fazia parte.

Por fim, apontou-se o “**núcleo financeiro**”, composto pelos principais dirigentes do Banco Rural (fl. 5.624). Dele, também, o Embargante não fazia parte.

Além de o Embargante **não fazer parte** de nenhum dos núcleos que a inicial acusatória elenca como constitutivos da quadrilha (cf. fls. 5.625/26) — e, por isso, corretamente **não foi denunciado por infração ao art. 288 do C. Penal** — a denúncia, com clareza solar aponta o seguinte:

“Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, ..., Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para a transferência de recursos financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco do Brasil, não é efetivamente declarada...” (fl. 5.624). Mais à frente, a denúncia assinala: “também foram repassados diretamente pelos Bancos Rural e BMG vultosas quantias ao Partido dos Trabalhadores, comandado formal e materialmente pelo núcleo central da quadrilha, sob o falso manto de empréstimos bancários” (fl. 5.627).

Essas e outras manobras descritas pela denúncia não contaram com a participação do Embargante. **Seu nome simplesmente não é referido neste capítulo da denúncia.**

Também a denúncia explicita que GEIZA “*encaminhava, principalmente via correio eletrônico, a qualificação dos beneficiários dos polpidos valores ilícitos que eram originados, LAVADOS e, por fim, entregues pela organização criminosa*” (fl. 5.644).

Insista-se, dessa lavagem precedente (até o dinheiro ser entregue nas agências do Banco Rural) **o Embargante não participava** e sequer remotamente é referido pela denúncia!

Não é por outra razão que a denúncia, quando faz a imputação de lavagem ao Embargante, descreve a ocultação com a interposição de sua esposa MÁRCIA REGINA para receber o dinheiro na agência do Rural; e não o procedimento prévio que levou à sua disponibilização. Eis, no ponto, a imputação:

“... João Paulo Cunha, ALMEJANDO OCULTAR A ORIGEM, natureza e o real destinatário do valor pago como propina, **enviou sua esposa Márcia Regina para sacar** no caixa o valor de cinquenta mil reais em espécie” (5.661, grifei).

Tanto é assim que, ao resumir essa imputação, a denúncia é categórica:

“João Paulo Cunha, **em concurso material**, está incurso nas penas do:

a.1)...

a.2) art. 1º, incisos, V, VI e VII da Lei n. 9.613/98 (**UTILIZAÇÃO DA Sra. MÁRCIA REGINA PARA RECEBER CINQUENTA MIL REAIS**) e...” (fl. 5.667).

Do que se narrou na denúncia, portanto, — que é do que o Embargante se defendeu — não é o mecanismo que viabilizou o recebimento da importância no Banco Rural que configura a prática da lavagem no caso do Embargante, mas, sim, a interposição da sua esposa para o recebimento da vantagem. Expressivo, nesse sentido,

o voto da em. Ministra CÁRMEN LÚCIA quando, ao transcrever as alegações finais do d. chefe do Parquet (cf. fl. 45.202, item n. 259), assinala: “o recebimento de dinheiro por interposta pessoa constitui ato tipificador do crime de lavagem de dinheiro” (fl. 53.419). O que também para o em. Min. LUIZ FUX é “suficiente para mascarar a origem, a localização e a disposição do capital ...” (fl. 53.154).

Se o d. chefe do Parquet acusa o Embargante da prática de lavagem por conta da interposição da esposa do Embargante no recebimento do dinheiro, pode ele ser condenado pelo processo precedente — **do qual não foi acusado** — que viabilizou a colocação do dinheiro na agência?

Mais: não sendo o Embargante partícipe de nenhum dos núcleos da quadrilha pode ele ser condenado por um processo do qual não tinha ciência? E mesmo que a denúncia, apodítica e contraditoriamente, afirme que o Embargante “*tinha plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa*” (fl. 5.661), tal afirmação como bem demonstraram os eminentes ministros RICARDO LEWANDOWSKI e ROSA WEBER não encontra o menor eco na prova. Aliás, a própria denúncia não explica em que se escora para chegar a tal conclusão.

2.1. Correlação entre imputação e condenação:

Os acusados se defendem dos fatos que lhes são imputados e não da capitulação jurídica que lhes é dada pela denúncia (STF, RT 779/487). É que a *imputatio facti* constitui o núcleo duro da inicial acusatória, delimitando o campo cognitivo do magistrado (JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Direito Processual Penal”, Coimbra, ed. Coimbra, 1984, I/144) ou, por outra, demarcando “a área de incidência do *judicium*” (FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1961, v. II, p. 252). Por outro lado e nessa medida, permite que o réu se defenda de uma acusação com contornos certos e bem definidos. Disso decorre, como parece elementar, que (i) a decisão condenatória haverá de manter ajuste capilar com o fato, como

imputado ao agente na inicial acusatória (vinculação temática) e (ii) se o juiz, ao sentenciar, divisar algum fato novo não constante da denúncia apto a condenar o imputado deverá abrir vista ao órgão acusatório para, conforme o caso, determinar alguma das providências previstas no art. 384 do CPP. Com isso, permite-se que o réu, genericamente considerado, possa se defender de algo que não constava da denúncia, mas que o juiz repute relevante.

Tanto é assim que este eg. STF, tendo como Relator o il. Min. JOAQUIM BARBOSA, reafirmou a tese de que, firme e forte, vigora entre nós “o princípio de correlação entre denúncia e sentença, pelo qual **o réu não pode ser condenado por fatos não narrados explicitamente na peça acusatória** (nesse sentido: HC 88.025, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 13.06.2006)” (RHC 85.023, DJ 11/2/08). Nestes autos, a propósito, o em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, reproduziu outros precedentes (RT 740/513; 745/650 e RT 762/567, cf. fl. 56.433) e o em. Relator reafirmou a tese no v. acórdão dos embargos declaratórios opostos contra o v. acórdão que recebeu a denúncia (cf. fl. 21.962).

Daí, com propriedade, que o d. PGR, ao replicar a resposta à acusação do ora Embargante tenha dito “*por mais paradoxal que pareça, a denúncia é a principal peça de defesa no processo penal*”. Sim, pois “*é ela que delimita o âmbito da acusação, pois o Poder Judiciário não pode julgar uma pessoa por um fato não descrito na peça inaugural*” (fl. 10.168). E, sintomaticamente, nessa peça também está dito que “**o núcleo Banco Rural [que o Embargante não integrava, remarque-se] estruturou, conforme descrito na denúncia, uma engrenagem voltada para a prática do crime de lavagem de dinheiro. O destinatário real não era identificado. O saque em dinheiro vivo era registrado em nome da própria empresa que forneceu o montante**” (fl. 10.220).

Remarque-se: todas as referências na denúncia à engrenagem fraudulenta voltada à lavagem de dinheiro de modo a colocá-lo nas agências do Banco Rural dizem com as atividades do **núcleo financeiro**, do qual o Embargante não fazia parte.

Mesmo que se queira dizer que o Embargante era “*íntimo do núcleo central da organização central*” (fl. 10.220) ou que ele estivesse ciente da origem criminosa do dinheiro que lhe fora oferecido (den., fl. 5.661), a denúncia é muito clara quando aponta que JOÃO PAULO CUNHA “*engendrou uma estrutura fraudulenta para o seu recebimento*” (fl. 5.661), a qual vem representada pela interposição de sua esposa para receber o dinheiro na agência do Banco Rural em Brasília. Eis, novamente, a descrição da denúncia:

“... João Paulo Cunha, ALMEJANDO OCULTAR A ORIGEM, natureza e o real destinatário do valor pago como propina, **enviou sua esposa Márcia Regina para sacar** no caixa o valor de cinquenta mil reais em espécie” (5.661, grifei).

Daí, repita-se, a denúncia, ao capitular o crime, ter explicitado o fato da seguinte maneira:

a.2) art. 1º, incisos, V, VI e VII da Lei n. 9.613/98 (**UTILIZAÇÃO DA Sra. MÁRCIA REGINA PARA RECEBER CINQUENTA MIL REAIS**) e...” (fl. 5.667, grifei).

Portanto, com a devida *venia*, não poderia o d. voto condutor do v. acórdão e bem assim o d. voto que o acompanhou reconhecer fato não apontado na denúncia, consistente no procedimento previamente engendrado, do qual o Embargante não participou (por isso não foi denunciado na quadrilha) para lavrar a condenação por lavagem. Como bem disse a em. Min. ROSA WEBER, “*o ato configurador da lavagem há de ser distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime*” (fl. 52.880).

É idêntico o entendimento do Professor da Faculdade de Direito da USP, PIERPAOLO BOTTINI, para quem “*A lavagem de dinheiro se identifica pelo uso de sistemas para encobrir o capital produto de infração, ou seja, ela acontece após a prática delitiva antecedente. Por isso, qualquer mecanismo de dissimulação que anteceda o delito de*

corrupção não pode ser imputado a título de *lavagem de dinheiro*, ao menos em relação ao *corrompido*” (**Parecer** em anexo, p. 30).

Dir-se-á que a denúncia sustenta que “*João Paulo Cunha tinha plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa*” (fl. 5.661, grifei) descrita no tópico relativo à quadrilha. Seria o caso de se perguntar: se o Embargante tinha “plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa”, por que não foi denunciado como seu membro?

Responde o d. PGR:

“Diferente do que pensa a defesa, o fato de não ter sido denunciado por quadrilha, longe de enfraquecer a versão acusatória, demonstra a seriedade e responsabilidade na avaliação do quadro probatório produzido ao longo da investigação” (fl. 10.221).

Se houve, de fato, seriedade e responsabilidade na avaliação do quadro probatório produzido durante a investigação, uma afirmação tão grave quanto a de que o Embargante tinha “*plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa*” (fl. 5.661, grifei) precisava, ao menos, vir respaldada pela indicação da prova que lhe dá base. Sim, uma simples indicação! Há, contudo, um silêncio sepulcral em torno dessa mera indicação da prova. Nem a denúncia, nem a réplica à resposta oferecida pelo d. PGR e, tampouco as suas alegações finais, explicam ou, ao menos, apontam que prova dá suporte à afirmação apodítica, lançada na denúncia como se fosse uma verdade axiomática, de que o ora Embargante, repita-se, tinha *plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa*” (fl. 5.661, grifei).

Ou era quadrilheiro e se presumiria — se é que se pode — a ciência do engenho criminoso ou, não era e, portanto, era necessária a indicação da prova para alicerçar tão grave afirmação.

Sim, porque como precedentemente sublinhou o eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, ainda ao tempo do STJ, é fundamental aferir-se “o elemento subjetivo da conduta do réu, concernente ao prévio conhecimento ou não da origem ilícita da pecúnia...” (Ação Penal n. 472-ES, DJe 8/9/11). Bem por isso, é que, independentemente de outras dissensões, o voto da il. Min. ROSA WEBER, com sua habitual percuciência, salientou:

“Os valores utilizados para pagamento tinham origem é certo, em contas abastecidas por recursos provenientes dos crimes de peculato praticados no âmbito do Banco do Brasil e crime financeiro. **Mas desses crimes João Paulo Cunha não participou, e não há prova para afirmar que quando do recebimento da propina, ele tivesse conhecimento de que paga com recursos provenientes de outros crimes**” (fls. 52.881/882).

Na mesma linha o em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI com precisão cirúrgica disse:

“... é preciso destacar que o Ministério Público reconheceu que o então Presidente da Câmara dos Deputados, **JOÃO PAULO CUNHA**, não integrava a quadrilha descrita na denúncia, nem fez parte de uma sofisticada “*organização criminosa voltada para prática de crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a administração pública*” (fl. 5.661), destinada à compra de apoio parlamentar, configuradora de um esquema ao qual chamou de “*mensalão*”. Isso, porque o *Parquet* deixou de imputar-lhe o delito tipificado no art. 288 do Código Penal.

Assim, o fato de o MP ter concluído que **JOÃO PAULO CUNHA** não cometeu o crime de formação de quadrilha para praticar ilícitos com a dita “*organização criminosa*”, para mim, revela, de maneira inequívoca, que o réu não tinha **nenhum** conhecimento dos crimes antecedentes contra o Sistema Financeiro Nacional ou contra a Administração Pública, todos alegadamente praticados por essa associação ilícita, da qual, insisto, ele não fazia parte, como assentou a própria acusação. Ante esse paradoxo, lembro-me do que diz o Ministro Marco Aurélio, quando se depara com incoerências lógicas: “*O sistema não fecha!*”.

E isso ficou muito claro na instrução desta ação penal, pois o MP afirmou que o réu utilizou-se “*da estrutura de lavagem de dinheiro*”.

disponibilizada pelo Banco Rural para receber o valor”, sem apontar nenhuma prova, nenhum indício sequer de que o réu tinha ciência dos crimes antecedentes praticados por aquela instituição financeira ou que tenha praticado o delito de branqueamento de capitais, como impõe o art. 156 do CPP. Com razão, pois, o Ministro Gilmar Mendes, quando assentou que essa conduta é “*claramente atípica*” (fls. 52.623/624).

E prossegue:

“Ressalto, de outro lado, que a doutrina nacional e estrangeira são uníssonas no sentido de que, para que se caracterize o crime de branqueamento de capitais, é fundamental que o agente saiba que o dinheiro tem origem em atividade ilícita²³.

Nesse sentido, Antônio Pitombo assenta que, para se alcançar o resultado típico, é fundamental que o agente tenha “*conhecimento prévio do crime-base*”²⁴. Ademais, como anota André Callegari, “*além do conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram sua origem em um dos delitos expressamente previstos na lei, sua finalidade deve estar dirigida para este fim, é dizer, de lavagem*”²⁵.

Marco Antônio de Barros, da mesma forma, diz que o tipo “*exige ação com conhecimento prévio da origem ilícita do capital, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico*”²⁶.” (fls. 52.624/625).

Mas, mesmo que se abstraia a gratuidade da afirmação de que o Embargante tinha *plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminosa*” (fl. 5.661, grifei), é da própria denúncia que ele não participava da estrutura prévia ao recebimento da vantagem. Sim, de acordo com a própria lógica acusatória o Embargante tinha “*plena ciência*”, mas não participava do mecanismo de lavagem precedente. Por isso o relevo à participação da esposa, MÁRCIA REGINA, como ação sua destinada a, nos termos da denúncia, ocultar a origem, natureza e o real destinatário do valor como propina (fl. 5.661).

Todavia, como sabiamente pontuou a em. Min. ROSA WEBER: “**a lei de lavagem de dinheiro só se aplica para atos posteriores à consumação do crime antecedente**” (fl. 52.879). Claro! E basta perguntar:

- Abstraída que pudesse ser a corrupção, ié, o recebimento do dinheiro por interposta pessoa na agência do Banco Rural, seria possível dizer que o Embargante foi denunciado pela engrenagem fraudulenta que viabilizava a colocação do dinheiro na agência do Rural?
- A resposta é **negativa!**

Mesmo que se admita a plena ciência do Embargante quanto à estrutura criminosa para a lavagem, dela não participava — ao menos por isso não foi denunciado — e sua história começa com o recebimento da propina. É este valor que ele, segundo a denúncia, lavou. Só daí para a frente, portanto, é que sua ação é penalmente significativa. Não antes! Vale dizer:

“O crime antecedente pode se consumir com a mera disponibilidade sobre o produto do crime, ainda que não física, pelo agente do delito, mas **o ato configurador da lavagem há de ser, a meu juízo, distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime antecedente**” (Min. ROSA, fl. 52.880, grifei).

Pela importância do ensinamento do d. voto da em. Min. ROSA WEBER, vale, no ponto, sua transcrição:

“Há diversos julgados no sentido de que a lei de lavagem de dinheiro somente se aplica para atos posteriores à consumação do crime antecedente (“*money laundering statutes apply to transactions occurring after the completion of the underlying criminal activity*”). Alguns exemplos:

- *United States v. Butler*, 211 F.3d 826, 830, decidido pela Corte de Apelações Federais do Quarto Circuito em 2000, “a lavagem de fundos não

pode ocorrer na mesma transação por meio da qual os mesmos se tornam pela primeira vez contaminados pelo crime";

- *United States v. Mankarious*, 151 F.3d. 694, decidido pela Corte de Apelações Federais do Sétimo Circuito em 1998, "**o ato que gera o produto do crime deve ser distinto da conduta que constitui a lavagem de dinheiro**";

- *United States v. Howard*, 271 F. Supp. 2d 79, decidido pela Corte de Apelações Federais do Distrito de Columbia em 2002, "a lei de lavagem de dinheiro criminaliza transações com produto de crime, não transações que criam o produto do crime"; e

- *United States v. Puig-Infante*, 19 F.3d 929, decidido pela Corte de Apelações Federais do Quinto Circuito, "a venda de drogas não é uma transação que envolve lavagem de produto de crime porque o dinheiro trocado por drogas não é produto de crime no momento em que a venda ocorre".

Embora tais exemplos reflitam normatividade estrangeira, traduzem compreensão de que a conduta que caracteriza a lavagem há de ser posterior à conduta que caracteriza o crime antecedente." (fl. 52.879, grifei).

Do exposto fica claro:

- O Embargante não pode responder pelo crime de lavagem por atos anteriores ao recebimento da propina, ié, a movimentação fraudulenta do sistema financeiro, pois disso não foi acusado;
- A acusação de que o Embargante tinha "*plena ciência da estrutura delituosa montada pela organização criminoso*" (fl. 5.661, grifei) não encontra a menor ressonância nas provas e é rebatida pela lógica da própria denúncia que não lhe atribuiu a condição de integrante da quadrilha e
- O ato configurador da lavagem há de ser "*distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime antecedente*" (Min. ROSA WEBER, fl. 52.880).

Afora o mais, não se pode perder de vista, como dito anteriormente, que a denúncia explícita que GEIZA “encaminhava, principalmente via correio eletrônico, a qualificação dos beneficiários dos polpudos valores ilícitos que eram originados, **LAVADOS** e, por fim, entregues pela organização criminosa” (fl. 5.644). Se por essa atividade ilícita o Embargante não foi acusado, vê-se que só mesmo o ato posterior ao recebimento da vantagem é que torna possível a identificação da lavagem.

Mesmo porque, é de se lembrar que, quando se deu o recebimento da vantagem pelo Embargante, a Lei 9.613/98 tinha um número restrito de crimes antecedentes e sob aquela sistemática não poderia haver “lavagem da lavagem”. O tema foi captado com acuidade pelo preclaro Min. LEWANDOWSKI:

“Mesmo que o réu tivesse ciência, repito, “*da estrutura de lavagem de dinheiro disponibilizada pelo Banco Rural*”, isso não configuraria, à época dos fatos, crime antecedente, porquanto não se admitia, então, em nosso ordenamento legal, a chamada “lavagem em cadeia”, ou seja, o crime de branqueamento de capitais como antecedente do próprio crime” (fl. 52.624)

No mesmo sentido o escólio da Procuradora Regional da República CARLA VERÍSSIMO DE CARLI:

“Enquanto tivermos o rol de crimes antecedentes no artigo 1º não será possível punir a lavagem de dinheiro realizada sobre o produto de lavagem de dinheiro anterior. Continuará sendo necessária a demonstração da vinculação dos bens, direitos ou valores ao delito antecedente (exatamente por isso denominado, por alguns, delito produtor). Com a eventual aprovação do PL 3.443/08, que deve acabar com a lista de crimes antecedentes, a discussão passa a ter pertinência no cenário brasileiro” (**Lavagem de dinheiro: controle e prevenção penal**. Porto Alegre. ed. Verbo Jurídico, 2011, p. 217)

Assim, também por esse enfoque, não se poderia considerar o crime de lavagem de dinheiro previamente lavado.

Do exposto e com a *venia* dos doutos votos que se acostaram ao em. Relator para lavrar a condenação do Embargante por conta da estrutura fraudulenta que lavava o dinheiro antes da sua entrega, condená-lo por tal aspecto, mais do que injusto, representa a violação do princípio da correlação entre a acusação e a sentença, pois o Embargante **não foi acusado de ser partícipe das fases anteriores representativas da lavagem e, tampouco, há prova de que tivesse ciência à época do recebimento da vantagem ilícita da estrutura fraudulenta engendrada.**

2.2. A interposição da esposa como caracterizadora da lavagem:

O preclaro Min. FUX, em seu d. voto, claro como a luz do dia, disse:

“O recebimento dos valores por interposta pessoa é suficiente para mascarar a origem, a localização e a disposição do capital, pois, consoante a jurisprudência da Casa, “o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura” (RHC nº 80.816, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001)” (fl. 53.154).

Idêntico o entendimento da il. Min. CÁRMEN LÚCIA, *verbis*:

“Também estou acolhendo e julgando procedente a acusação de lavagem de dinheiro por ter recebido por interposta pessoa - no caso, sua esposa - o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) que foi pago a título de corrupção, visando ocultar a natureza, a origem e a localização desse dinheiro, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.613/98” (fl. 53.394).

E também o do Min. CARLOS BRITTO quando acentuou “*que os mecanismos mais disseminados de lavagem de dinheiro envolvem o uso de **interpostas pessoas** para a compra de bens lícitos, para a abertura de contas e posteriores depósitos bancários, para a simulação de negócios jurídicos etc.*” (fls. 54.092/ 093, grifei).

A despeito do incomensurável respeito que merecem os doutos votos, estabelecido que o delito antecedente foi o de corrupção — e independentemente da posição que se tenha a respeito da possibilidade de se punir o autor do crime antecedente também pelo crime parasitário da lavagem —, é de se ter presente as sábias palavras do Min. CÉZAR PELUSO quando gizou:

“... a utilização de terceira pessoa para o saque de dinheiro ilícito não passa, a meu ver, do **exaurimento** do próprio delito originário, pois se destina a viabilizar-lhe o recebimento” (fls. 53.787/788, grifei).

E prossegue:

“Noutras palavras, Senhor Presidente, o que eu estou querendo dizer, de maneira mais simples, é o seguinte: não vejo, na descrição dos fatos e na prova, que tenha havido ações independentes entre o crime de corrupção passiva e o delito de lavagem. Por quê? Porque **o fato, a meu ver, de o réu tê-lo recebido clandestinamente, ocultando, com isso, a origem do dinheiro, não é ação distinta e autônoma do ato de receber.** É apenas uma circunstância modal do recebimento: ao invés de receber em público - coisa que não poderia fazer, por razões óbvias -, o denunciado recebeu-o clandestinamente.

Eu só admitiria o crime de lavagem se tal recebimento fosse destinado a ocultar a prática de outro delito que não foi imputado ao réu, nem a terceiro ligado a ele.

Em suma, considero possível a hipótese da chamada autolavagem, se, por exemplo, alguém que recebe um dinheiro ilicitamente, ao invés de usá-lo por si, incumbe outrem de, em nome deste, adquirir-lhe bem ou

bens, caso em que pratica duas ações típicas distintas, a do primeiro crime, consistente em receber ilicitamente, e a do segundo, que é a ocultação do produto do primeiro crime. Isso é autolavagem.

No caso do réu João Paulo Cunha, **o que ele fez foi receber às escondidas aquilo que não poderia receber em público**. Mas seu ato típico foi um só.

Com o devido respeito, absolvo o réu, neste tópico, por inexistência do fato criminoso” (fl. 53.788, grifei).

Mais incisivo, o em. Min. MARCO AURÉLIO disse:

“Sabemos que a corrupção não ocorre à luz do dia. Há recebimento, como houve no caso, escamoteado. Levantei objeções no tocante ao ato de lavagem de dinheiro, quer por parte de João Paulo Cunha, quer por parte de Pizzolato, tendo em conta que não vislumbrei ato de qualquer deles visando dar a aparência de legítimo ao dinheiro recebido, e recebido, a meu ver, no exaurimento, considerada a modalidade receber, do crime de corrupção passiva. Por isso é que não acompanhei o relator quanto à lavagem” (fl. 54.075).

Aliás, o próprio Min. GILMAR MENDES, ao absolver o Dep. BORBA, foi enfático ao dizer que assinar o recibo “**importaria no próprio atestado de corrupção**” (fl. 56.057, grifei).

Também o preclaro Min. RICARDO LEWANDOWSKI, que expressamente admite a possibilidade da coexistência da corrupção e da lavagem, advertiu para a necessidade de atos distintos, e explica:

“Observo, por oportuno, que o recebimento de numerário por interposta pessoa não caracteriza necessariamente o crime de lavagem de dinheiro. É que tal artifício, com efeito, é largamente utilizado para a percepção da propina. Jamais, quiçá, a vantagem indevida é recebida diretamente, à luz do dia.

Permito-me lembrar que o elemento “ocultar” não é exclusivo do

tipo penal lavagem de dinheiro. No crime de corrupção passiva, por exemplo, o *caput*, do art. 317 do CP prevê a solicitação ou recebimento indireto da vantagem. Ou seja, nas palavras de Nucci, “é possível a configuração do delito caso o agente atue (...) de modo indireto, disfarçado ou camuflado ou por interposta pessoa” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2008, PP. 1053-1058 (cf. notas 68 e 97).

Assim, o fato de alguém ter recebido vantagem indevida, sob a forma de dinheiro, por interposta pessoa, dissimuladamente, pode, sim, caracterizar o crime de corrupção passiva. Mas este único fato, qual seja, o recebimento de propina de maneira camuflada, não pode gerar duas punições distintas, a saber, uma a título de corrupção passiva e ainda outra de lavagem de dinheiro, sob pena de ferir-se de morte o princípio do *ne bis in idem*.

Um réu só pode ser condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro se verificada a ocorrência de atos delituosos distintos. Isto é, se o réu, após ter recebido dinheiro proveniente de corrupção, vier a praticar novos atos delituosos, distintos dos anteriores, com a finalidade de branqueamento de capitais, com o escopo de “limpar” o dinheiro “sujo” (fls. 55.354/355).

Dos votos colacionados, fica claro que não podendo o recebimento da corrupção se dar às claras, a conduta, insitivamente, envolve a ocultação no instante do recebimento, que é o momento consumativo do crime da corrupção. Por isso, no caso, a interposição da esposa do próprio acusado nada mais é do que o meio para se viabilizar o crime antecedente. Ou, como preferiu o Min. PELUSO: “**o que ele fez foi receber às escondidas aquilo que não poderia receber em público**. Mas seu ato típico foi um só” (fl. 53.788).

Se tais considerações não fossem suficientes para se afastar a condenação da lavagem imposta ao Embargante pela d. maioria, a em. Min. ROSA WEBER traz um argumento histórico, lógico e sistemático, insuperável para se demonstrar a inexistência da lavagem.

Após S. Exa. distinguir no tipo penal as hipóteses de solicitar e receber, a primeira a caracterizar conduta formal e a segunda material (fl. 52.876), destaca que na primeira modalidade o recebimento representa exaurimento, mas na segunda é o próprio ato consumativo (f. 52.877). E, com irrefutável logicidade, pondera:

“A forma sub-reptícia, dissimulada, clandestina do recebimento é ínsita ao próprio crime de corrupção, e integra, na corrupção passiva – modalidade **receber-**, a fase consumativa deste delito” (fl. 52.877).

Dai a conclusão:

“A meu juízo, contudo, presentes as peculiaridades dos casos e a explicitação dos conceitos, na forma supra, inviável considerar o crime de corrupção passiva como antecedente do crime de lavagem ao feitiço legal, inconfundível o recebimento da vantagem indevida de forma maquiada, pelo qual se consuma a corrupção passiva na modalidade receber, com a ocultação e dissimulação ínsitas ao tipo do crime de lavagem de dinheiro. A mesma conclusão se impõe, ainda que sem a mesma limpidez, considerada a corrupção passiva em todos os seus núcleos como crime forma (consoante a jurisprudência majoritária desta Casa). Nessa hipótese, **o recebimento dissimulado e mediante artifícios** - como nem se poderia imaginar diferente, pois quem vivencia o ilícito, procura a sombra e o silêncio -, **constitui exaurimento do delito de corrupção passiva**” (fl. 52.877).

No aprofundamento do estudo da matéria, de forma percuciente e esclarecedora, a em. Min. ROSA WEBER sublinha que o próprio tipo penal constante do art. 317 *caput* do C. Penal expressa a possibilidade do recebimento direto ou indireto. Eis a regra:

"Solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem."

Ora — prossegue a em. Ministra — “O exame da legislação penal pretérita revela o sentido deste “receber indireto de vantagem indevida”. Nela havia descrição mais precisa da modalidade de recebimento indireto, com expressa referência à utilização, para tanto, de “pessoa interposta”. Veja-se a disposição a respeito do crime de “peita ou suborno”,

equivalente ao da corrupção passiva, no Código Penal de 1890, reiterada na Consolidação das Leis Penais de 1932:

"Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um ato do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei; (...)" (fl. 52.878).

Sim, **"indiretamente"**, na modalidade de recebimento, era recebimento por interposta pessoa", acentua a em. Ministra ROSA (fl. 52.879).

Essa breve referência histórica — conclui a Ministra — *"reforça a conclusão de que o recebimento da vantagem indevida por pessoa interposta constitui espécie das condutas possíveis atinentes ao recebimento indireto da atual legislação"* (fl. 52.879). Para ser mais claro ainda, agora com o il. Min. TEOR ZAVASCKI: "Em outras palavras: "Nem todas as condutas de 'ocultar' e/ou 'dissimular' configuram a lavagem de dinheiro. **É preciso constatar o elemento subjetivo.** Estas ações devem necessariamente demonstrar a intenção de o agente esconder a origem ilícita do dinheiro, bens, etc. A simples movimentação de valores ou bens, com o intuito de utilizá-los, desfrutar-lhes ou mesmo acomodá-los, mas sem intenção de escondê-los, não configura o delito" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro, São Paulo: Atlas, 2006, p. 107). No mesmo sentido: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Wiliam Terra de; GOMES, Luiz Flávio. Comentários à Lei 9.613/98, SP:RT, 1998, p.335/336; SOUZA NETO, José Laurindo de. Lavagem de dinheiro, Curitiba: Juruá Editora, 2000, p.100; BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro e obrigações civil correlatas, 2 ed., SP:RT, 2007, p. 183" (STJ, **AP- 472-ES**).

No mais, valha-nos também o entendimento firmado pela em. Ministra CÁRMEN LÚCIA para, em circunstâncias idênticas, absolver o Dep. BORBA, *verbis*:

268. Não se há de imputar crime ao acusado pela só circunstância de ter se recusado a assinar o comprovante de recebimento de dinheiro que sabia ser ilícito.

A não assinatura do documento pelo réu apenas demonstra ter ele buscado impossibilitar a sua identificação e, conseqüentemente, esquivar-se da responsabilidade criminal pela prática do delito de corrupção passiva.

Não há prova de dolo (vontade livre e consciência); não há comprovação de ter o acusado vontade livre e consciente voltado à prática da lavagem de dinheiro.

O réu não pode ser compelido a produzir prova que possa lhe prejudicar em eventual ação penal (fls. 53.632/633).

Nessa conformidade, dados os termos da própria imputação, o receber a vantagem por interposta pessoa representa a própria consumação do crime de corrupção e, portanto, um único comportamento típico, que não encontra espaço para a lavagem.

A despeito da clareza da situação, poder-se-ia, na linha do que fez o em. Min. GILMAR MENDES, reconhecido jurista, tomar-se não o recebimento como momento consumativo do delito, mas sim a aceitação da vantagem (cf. fl. 53.946). O recebimento seria, assim, exaurimento do crime. Tal, porém, no caso, representa uma **violência** aos termos da própria imputação — que é clara quanto ao recebimento como elemento da ação típica — bem como à própria dogmática penal.

No caso, a denúncia ao capitular o crime de corrupção diz claramente:

“ a) JOÃO PAULO CUNHA, em concurso material, está incurso na penas do:

a.1) artigo 317 do Código Penal Pátrio (**RECEBIMENTO** de cinquenta mil reais);” (fl. 5.667, grifei).

Se quem denuncia expressamente toma o momento do recebimento como definidor da conduta típica, não pode, *data venia*, o julgador fazer diferente para agravar a situação do acusado. Máxime quando a narrativa da denúncia, em momento algum, refere que o Embargante tenha solicitado a vantagem. Basta se ler a exordial acusatória para se constatar o seguinte: MARCOS VALÉRIO por si e em nome de outros, “*ofereceu vantagem indevida*” (fl. 5.665). **Não há**, insista-se, **menção a solicitação**. Na sequência, a denúncia narra o recebimento da vantagem na agência do Banco Rural por interposta pessoa.

Dessa forma, ante a clareza dos termos da denúncia, não se pode tomar o núcleo do tipo descrito pelo art. 317 do C. Penal na “solicitação” para, arbitrariamente, se tomar o “recebimento” como mero exaurimento e, por aí, com o recuo do momento consumativo, se pretender a articulação, em concurso material, da corrupção com a lavagem.

Não bastasse o argumento precedente, ancorado na narrativa da própria denúncia, para afastar a lavagem, há outro de natureza dogmática que o Professor PIERPAOLO BOTTINI apresenta com muita propriedade e precisão ao cotejar os núcleos do tipo “solicitar” e “receber”:

“... nos casos de *corrupção passiva*, a verificação posterior do *recebimento* torna este o ato típico central da *corrupção passiva*, sendo absorvido o primeiro como comportamento impune. O *ato típico imputado* deixa de ser *corrupção passiva* na forma “solicitar” e passa a ser na forma “receber”. Este último ato não é mero *exaurimento* do ato anterior de solicitação, porque previsto *expressa e objetivamente* no texto do tipo penal – o que não ocorre nas situações se *exaurimento* em que o comportamento é descrito como *mera intenção* ou *objetivo transcendente*.”

NORONHA, ao analisar o tema do exaurimento, esclarece que: “exaurido se diz um crime, quando, após a consumação, é levado a outras consequências lesivas. Assim, no delito do art.159, quando, após sequestrar a pessoa com o fim de resgate, o delinquente consegue este. A

consecução do resgate não é elemento do delito; basta ser o fim do delinquentes” (NORONHA, Magalhães. Direito penal. Vol.1, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981,p.119)

Em outras palavras, o ato que exaure o delito não pode ser elemento do tipo penal.

No crime de *extorsão mediante sequestro* (CP, art.159) - citado por NORONHA - tem-se por *exaurimento* o *recebimento do valor do resgate*, uma vez que tal “recebimento” não é conduta prevista (ou exigida) no tipo penal, sendo indicada no dispositivo apenas a “*intenção do recebimento do resgate*”.

Ao contrário, na *corrupção passiva*, o ato de *receber* é *elemento do tipo penal* na forma objetiva. O ato de “receber” seria mero *exaurimento* se o tipo penal indicasse a conduta típica como “*solicitar, com o intuito de receber*”. Mas a técnica do *tipo misto alternativo* dispôs o ato de “*solicitar ou receber*”, de forma que o último ato não pode ser caracterizado como *exaurimento*, mas modalidade típica alternativa que consome a “*solicitação*” anterior. É apenas uma forma distinta e progressiva da consumação do tipo penal.

Não é o que ocorre, por exemplo, com a *corrupção ativa* (CP, art.333), onde o ato de “pagar ou entregar” a vantagem não integra o tipo penal. Nesse caso, a *realização do prometido ou oferecido* é - sem dúvida - mero *exaurimento*, o que não ocorre na *corrupção passiva* dada a integração do “recebimento da vantagem” como elemento típico objetivo.

Em outras palavras, para a *corrupção passiva* consumada, basta a “*solicitação*”, não é necessário o “recebimento”, mas se este efetivamente ocorrer, consubstancia ato típico novo, que absorve o precedente, e renova inclusive o início do prazo prescricional.

É o que ocorre com o crime de tráfico de drogas (Lei 11.343, art.33). Se o agente comete mais de um dos atos descritos no *caput* do dispositivo, o último caracteriza o ato típico, sendo o anterior afastado como conduta precedente absorvida. Imagine-se que alguém *tem em depósito* produto entorpecente e depois o *fornece* para terceiros. O *fornecimento* não é *exaurimento* do *depósito*, mas *ato típico autônomo* que absorve o precedente e passa a constar como comportamento nuclear do injusto.

Por isso, a conduta típica da *corrupção passiva* em análise é o *recebimento* e não a *solicitação* prévia que – embora típica – é absorvida pelo segundo ato. Vale repetir: a *consumação* da *corrupção passiva* se dá – sem dúvida – pela *solicitação*, mas o *recebimento posterior* é *nova consumação*, um ato de *renovação* do fato típico, a partir do qual, inclusive, recomeça a contagem do *prazo prescricional*, sendo este o núcleo típico que justificou a *condenação*” (Parecer em anexo, pp. 16/18).

Ora, se é inafastável a conclusão de que o comportamento típico na *corrupção* está no núcleo representado pelo “receber”, torna-se patente que o meio indireto, isto é, receber por meio de outra pessoa, no caso, a esposa, representa a própria *consumação* do crime de *corrupção* e não o crime autônomo da *lavagem*.

No expressivo dizer do Prof. PIERPAOLO BOTTINI, “Parece correta, portanto, a conclusão de que o uso de *interposta pessoa* integra o tipo penal da *corrupção*, autorizando o reconhecimento e a aplicação do *curso aparente de normas* no caso submetido à análise” (Parecer, p. 20).

Por outro lado, ao comentar o d. voto do Min. CARLOS BRITTO, o il. parecerista pondera:

“Não parece correta a analogia – mencionada no Acórdão (fls.2478) – da relação entre os tipos penais em tela com aquela existente entre o crime de *homicídio* (CP, art.121) com a *ocultação de cadáver* (CP, art.211). Nestes é evidente a ocorrência de *curso material*, uma vez que o ato de “ocultar” – elemento objetivo do art.211 – não integra a redação do art.121 do CP. Não há relação de *contingência* ou de *instrumentalidade* entre os delitos de *homicídio* e *ocultação de cadáver*. Por outro lado, como já apontado, o ato de “receber por *interposta pessoa*” – indicado por alguns votos como o núcleo do ato de *lavagem de dinheiro* – é elemento que integra *expressamente* o tipo penal de *corrupção passiva* na modalidade de *recebimento indireto*” (Parecer, p. 20).

Por fim, como adverte o d. parecerista, há quem sustente inviável a consunção quando os crimes supostamente praticados afetam bens jurídicos distintos – como ocorre no caso em tela com a corrupção passiva e a lavagem de dinheiro. No entanto:

“... na grande maioria dos casos de *consunção* o que ocorre é justamente o aparente conflito de normas que tutelam *bens jurídicos diferentes*. O que autoriza o afastamento de um dos crimes não é a identidade de *bens jurídicos*, mas o fato de um comportamento estar *contido* no outro, ainda que o objeto de proteção da norma seja distinto.

Tome-se como exemplo um caso reconhecido amplamente pela jurisprudência como *concurso aparente de normas*: a hipótese de *falsidade documental* e o *crime fiscal*. Os bens jurídicos protegidos pelas normas em questão (CP, art.299 e Lei 8.137/90) são substancialmente distintos (fé pública e ordem tributária), porém, o fato da *falsidade* estar contida em determinadas formas de consumação dos delitos contra a ordem tributária autoriza seu descarte como elemento típico.

Não é outra a orientação desta Suprema Corte:

Penal. Rejeição da denúncia. Recurso em Sentido Estrito. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal em 1ª Instância. Réu com prerrogativa de foro. Legitimidade do Procurador-Geral da República. Falsificação de documento Público (GFIP). Sonegação de contribuição previdenciária. Falso utilizado como crime-meio para a sonegação. Princípio da consunção. Ausência de constituição definitiva do crédito. Súmula Vinculante n. 24 do STF. Recurso não provido.[...]

é da essência do princípio da consunção a necessária convergência de tratamento jurídico-penal no caso de normas que protejam bens jurídicos diferentes. Esse parâmetro, todavia, não é suficiente para solucionar a unidade ou a pluralidade de ações.

[...]

Na hipótese, como destacado pelo magistrado de primeiro grau, o **crime de falso é meio - frise-se, necessário - à consumação do crime de sonegação de contribuição previdenciária**. E a simples leitura dos incisos do artigo 337-A do Código Penal evidencia essa afirmação.

Observe-se que o caput do art. 337-A textualmente explicita que a supressão ou redução da contribuição social previdenciária dá-se mediante as seguintes condutas: I) omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurado empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II) deixar de lançar mensalmente, nos títulos próprios da contabilidade da empresa, as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III) omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

É verdade que, ao se omitir da folha de pagamento informações sobre os empregados, meio pelo qual o empregador logra consumir a sonegação de contribuição previdenciária, também ofende-se legítimos interesses desses trabalhadores. Esta ofensa, porém, é um minus em relação à sustentabilidade da Previdência Social. Aliás, dessa decorre a própria subsistência do direito daquele trabalhador.

Apesar de a potencialidade ofensiva, de fato, ser distinta a saber, o crime de falsificação atenta contra a fé pública, ao passo que o de sonegação previdenciária fere a própria saúde financeira da Previdência Social, há de ser averiguada a ofensa da conduta supostamente delitativa, pautando-se na concretude dos fatos narrados na inicial. (STF. Inq. 3102. Relator Ministro Gilmar Mendes. Plenário. J. em 25.04.2013. DJe 10.09.2013, grifos nossos).

No mesmo sentido, a doutrina:

“Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. (...) **Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção**” (grifos nossos).

“Há, na lei, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam

numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (art. 155), lesivo ao patrimônio. Se, todavia, a violação da residência é o meio empregado para a consumação do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro. A norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um de seus elementos essenciais a subtração, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa. Essa norma mais ampla consome, absorve a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva." (Parecer, pp. 20/23).

Vale notar, portanto, conclui o d. parecerista, *"que a existência de bens jurídicos distintos protegidos é o núcleo dos casos de concurso aparente de normas. É justamente para estes casos que se construiu o instituto da consunção"* (Parecer, p. 23).

Enfim, por todos os ângulos que se queira examinar a hipótese dos autos, vê-se que a condenação do Embargante pela prática do crime de lavagem de dinheiro deve ser reformada para o fim de **absolvê-lo** com o provimento destes embargos infringentes como medida de **Justiça!**

3. Injustiça por quebra no princípio da isonomia (Dois pesos e duas medidas):

O Deputado JOSÉ BORBA, em situação assemelhada a do Embargante, foi acusado da prática de lavagem de dinheiro por conta da vantagem indevida recebida para apoiar projetos do Governo. Diz a denúncia:

"Ciente da origem ilícita dos recursos (organização criminosa voltada para a prática de crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional), bem como dos mecanismos de lavagem empregados para a transferência dos valores, José Borba atuou para não receber diretamente o dinheiro, de forma a não deixar qualquer rastro de sua participação no esquema" (fl. 5.731).

No entanto, apesar da identidade de situações, veio a ser **absolvido** do crime de lavagem por ministros que, embora tivessem condenado o Embargante, corretamente consideraram as circunstâncias do Dep. BORBA como logicamente ligadas à corrupção. Vejamos o d. voto da em. Min. CÁRMEN LÚCIA:

265. Tem-se provado nos autos que o acusado **José Borba** recebeu o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), em espécie, proveniente da operação criminosa levada a efeito para distribuição de recursos financeiros nos moldes antes relatados.

O dinheiro foi entregue na agência do Banco Rural, em Brasília, por Simone de Vasconcelos, que efetuou o saque do valor, transferindo-o, em seguida, ao réu José Borba. (fl. 53.629/630).

Depois de citar, entre outros, o depoimento da testemunha JOSÉ FRANCISCO DE ALMEIDA REGO, que narra a situação vivida na agência bancária, conclui ter havido **corrupção passiva** (fl. 53.631).

Todavia, a despeito do Dep. BORBA ter, como o embargante, sido condenado por corrupção e ter utilizado interposta pessoa para receber o valor, reconheceu-se que: i. não havia prova do dolo em relação ao seu comportamento e que ii. não poderia ser compelido a fazer prova contra si mesmo [o Embargante deveria?], *verbis*:

267. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, alega o Ministério Público que “a recusa do acusado em assinar o recibo teve por objetivo dissimular a origem, o destino e a natureza da vantagem indevida” (fl. 45.434).

A acusação não traz qualquer elemento a corroborar a prática delitiva imputada.

Vigora no ordenamento jurídico penal brasileiro o princípio da não autoincriminação, explicitando Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo,

como impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrário ao seu interesse (...).

(...) A não-exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32-33).

268. Não se há de imputar crime ao acusado pela só circunstância de ter se recusado a assinar o comprovante de recebimento de dinheiro que sabia ser ilícito.

A não assinatura do documento pelo réu apenas demonstra ter ele buscado impossibilitar a sua identificação e, conseqüentemente, esquivar-se da responsabilidade criminal pela prática do delito de corrupção passiva.

Não há prova de dolo (vontade livre e consciência); não há comprovação de ter o acusado vontade livre e consciente voltado à prática da lavagem de dinheiro.

O réu não pode ser compelido a produzir prova que possa lhe prejudicar em eventual ação penal (fls. 53.632/633, grifei).

É de se perguntar: se a não assinatura por BORBA do documento bancário apenas *“demonstra ter ele buscado impossibilitar a sua identificação e, conseqüentemente, esquivar-se da responsabilidade criminal pela prática do delito de corrupção”*, por que para com o Embargante foi diferente?

O raciocínio empregado para o caso do Dep. BORBA, quando menos em respeito ao tratamento isonômico dos réus no mesmo processo, deveria ser aplicado ao Embargante, dada a **identidade** de situações.

Por outro lado, vejamos, nesse mesmo caso, o posicionamento do em. Min. GILMAR MENDES:

“Bem compulsados os autos, observo que, a despeito de não se ter logrado comprovar o pagamento do valor total de **R\$ 2.100.000,00**, sobretudo em razão do hercúleo esforço do acusado em ocultar o seu recebimento, há elementos de prova dando conta do recebimento, pelo então Deputado Federal JOSÉ BORBA, de pelo menos **R\$ 200.000,00**, o que, por si só, corrobora as imputações formuladas na denúncia.

O recebimento do dinheiro deu-se de forma análoga aos casos anteriormente analisados. Isto é, o próprio JOSÉ BORBA compareceu à agência do Banco Rural no Brasília Shopping e recebeu o valor acordado diretamente das mãos de SIMONE VASCONCELOS.

No ponto, dado importante a se observar é que, inicialmente, o próprio JOSÉ BORBA compareceu à agência do Banco Rural em Brasília e procurou o então tesoureiro, JOSÉ FRANCISCO DE ALMEIDA REGO, no intuito de receber, ele mesmo, de forma direta, o valor disponibilizado pelo núcleo de MARCOS VALÉRIO.

Ocorre que, como contrapartida para a entrega do dinheiro, o funcionário da instituição financeira solicitou a JOSÉ BORBA a extração de cópia de algum documento de identificação, bem como a assinatura de recibo dando conta do recebimento do valor a ele destinado. Na oportunidade, **ciente da origem ilícita do montante**, o acusado recusou-se a acatar as determinações, o que **obrigou** SIMONE VASCONCELOS a dirigir-se à agência bancária, sacar o valor mediante sua própria assinatura e entregá-lo, enfim, ao seu destinatário final – o Sr. JOSÉ BORBA.

Tal fato, no mínimo inusitado, chamou a atenção do responsável pelos pagamentos na Agência do Banco Rural em Brasília, JOSÉ FRANCISCO DE ALMEIDA REGO, consoante se comprova de seu depoimento prestado à Polícia Federal, no qual descreve, com clareza de detalhes, a empreitada criminosa (Vol. 3, fls. 559-560):

(...)

Com efeito, a prova documental fornecida pelo acusado MARCOS VALÉRIO – lista com a suposta relação de pessoas indicadas pelo Partido dos Trabalhadores que teriam sido beneficiadas pelo esquema criminoso narrado na denúncia –, aliada aos depoimentos retromencionados, teve o

condão de comprovar o recebimento, pelo então Deputado Federal JOSÉ BORBA, do valor de **R\$ 200.000,00**.

Certo é que o *repasse* de R\$ 200.000,00 não encontra legitimidade moral, ética, tampouco legal. E os próprios mecanismos utilizados pelo réu, sobretudo os artifícios para ocultar a origem e a destinação dos recursos, mormente a recusa veemente em assinar qualquer documento que o ligasse à prática criminosa, denotam a concretude da imputação.

A par da inaceitável, sob qualquer perspectiva, suposta transferência de recursos à margem da legislação eleitoral, especialmente em se tratando de político diplomado e no exercício de seu mandato, **as fraudes e os mecanismos utilizados evidenciam, com absoluta clareza, que o denunciado tinha plena ciência das origens escusas e criminosas dos recursos.**

E exatamente por não ser possível indicar formalmente sua origem, tratou-se de engendrar um sistema à margem da lei para o proveito econômico.

(...)

De outro norte, conforme salientei no início deste julgamento, o crime de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da Lei nº 9.613/98, “*é crime comum, que pode ser cometido mesmo pelo sujeito ativo do crime antecedente, ao contrário do que se dá com a receptação (CP, art. 180) e o favorecimento real (CP, art. 349)*” (José Paulo Baltazar Junior, *Crimes Federais*, Livraria do Advogado, 2006, p. 407).

Perfectibiliza-se com as condutas: **ocultar** ou **dissimular** a natureza, origem, localização, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes enumerados nos seus incisos.

É fato, conforme anteriormente examinado, que se observou na hipótese: cheque emitido pela empresa SMP&B da conta mantida no Banco Rural, nominal à própria empresa e endossado; por meio de correio eletrônico (*e-mail*), encaminhado pela funcionária da SMP&B ao gerente do Banco Rural, foi indicado o acusado como beneficiário; o gerente da agência de Belo Horizonte, por sua vez, encaminhou via facsímile à agência do Banco Rural de Brasília autorização para pagamento da pessoa indicada pela funcionária da SMP&B; e, ao final, pagamento em espécie.

Ocorre que o beneficiário não aderiu à conduta de lavagem de dinheiro já analisada em tópico anterior.

Aliás, **embora sob o aspecto formal a operação informada tenha sido outra (beneficiário diverso), no caso, penso que o recibo importaria o**

próprio atestado da corrupção. Logo, não há que se falar, no que tange ao acusado JOSÉ BORBA, em ocultação ou dissimulação.

Acompanho o Relator, para condenar o acusado JOSÉ BORBA nas penas previstas no art. 317 do CP, porém acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Revisor, no que tange ao crime de lavagem (fls. 56.050/057, grifei).

Ora, se para o Dep. BORBA “**o recibo importaria o próprio atestado da corrupção**”, por que para o Embargante se entendeu diferentemente?

Veja-se: ambos receberam a vantagem por interposta pessoa. O Embargante mandou sua esposa que, inclusive, **assinou recibo!** O Dep. BORBA nem isso fez. SIMONE VASCONCELOS foi **obrigada**, como se lê do voto do em. Min. GILMAR MENDES, a comparecer à agência bancária para entregar-lhe o dinheiro (fl. 56.051).

Novamente se pergunta: por que para o Deputado BORBA considerou-se legítima a conduta de não assinar o recibo e utilizar-se de interposta pessoa (SIMONE VASCONCELOS) a fim de escamotear o crime de corrupção e para o Embargante não? Qual é o *discrimen* não explicitado que legitima tal diferenciação?

Se diferença há, essa, obviamente, comparando-se o caso do Dep. BORBA com o do Embargante, corre a favor deste, pois, ao contrário do outro, não obrigou ninguém a comparecer à agência bancária, mas mandou a própria esposa, a qual, além de se identificar, **assinou recibo**, o que permitiu, levantado o sigilo que cobre as operações bancárias, se chegar ao Embargante sem maior dificuldade.

Mais: se o próprio voto assinala que o Dep. BORBA “sabia” da engrenagem fraudulenta e por isso não assinou recibo e se utilizou de interposta pessoa para receber a vantagem, não aderindo, por isso, ao crime de lavagem de dinheiro, **por qual razão o tratamento dado ao embargante foi distinto?** Por que, para o embargante, concluiu-se

pelo crime de lavagem se são idênticas todas – incluindo-se a utilização de terceira pessoa – as circunstâncias do recebimento dos valores?

Obviamente que os destaques e indagações feitos não pretendem reverter a **justa absolvição** do Dep. BORBA, mas podem e devem, pelas mesmíssimas razões, levar, igualmente, à absolvição do ora Embargante, pois não há algo mais odioso que o tratamento desigual em situações de igualdade que vem condensado na clássica fórmula “*dois pesos e duas medidas*”

Por tais razões e, sobretudo, contando com os doutos suprimientos de Vossas Excelências, nesta derradeira oportunidade que se oferece ao Embargante, aguarda-se o provimento destes embargos infringentes para o fim de se **absolvê-lo** da imputação do crime de lavagem de dinheiro como medida da melhor

J U S T I Ç A !

II - A PERDA DO MANDATO:

Este Eg. Supremo Tribunal Federal, por cinco votos a quatro (5X4) e, *data venia*, ao arrepio do texto expresso da Constituição Federal (art. 55, VI, c.c. §2º), determinou a imediata perda do mandato eletivo do Embargante e de outros parlamentares logo após o trânsito em julgado da sentença que os condenou.

O d. voto condutor do aresto, proferido pelo preclaro Ministro JOAQUIM BARBOSA, consignou, em síntese, o seguinte: “*Condenado o Deputado ou Senador, no curso do seu mandato, pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, inexistente espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pelo Legislativo, pois a suspensão dos direitos políticos, com a subsequente perda do mandato, é efeito irreversível da sentença condenatória*” (fl. 59656).

Isso porque, a perda do mandato de Deputado ou Senador pode ter como causa a suspensão dos direitos políticos (art. 55, IV, da CF) ou a condenação criminal transitada

em julgado (art. 55, VI, da CF). No primeiro caso – hipótese dos autos – a perda do mandato eletivo seria decorrência direta da perda ou suspensão dos direitos políticos (artigo 15, III, da Constituição Federal) e a manifestação posterior da casa legislativa teria natureza meramente **declaratória**, nos termos do que dispõe o §3º, do artigo 55, também da CF.

Dessa forma, a norma específica contida no inciso VI do artigo 55, que determina que a perda do mandato depende da decisão da casa respectiva, teria lugar apenas nos casos em que a sentença penal condenatória deixasse de declarar a perda do mandato (i) por não estarem presentes os requisitos do artigo 92 do Código Penal ou; (ii) quando a sentença condenatória houver sido proferida antes da investidura, ocorrendo o trânsito em julgado em momento posterior.

Dissentindo, o eminente Revisor, Ministro RICARDO LEWANDOVSKI, com a proverbial sabedoria, pontuou que, *“como regra geral, a suspensão dos direitos políticos, inclusive no caso de condenação criminal transitada em julgado, traz como consequência a perda do mandato eletivo”* (fl. 59.671). No entanto, a norma que em princípio abrangeria todos aqueles que exercem mandatos eletivos encontra uma limitação no artigo 55, §2º da Constituição Federal que prevê, expressamente, que a perda do mandato, no caso de condenação criminal transitada em julgado *“será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”*. Trata-se, portanto, de uma exceção à regra, que não tutela a pessoa física do parlamentar, mas sua representatividade.

Nos termos do voto do Exmo. Ministro Revisor: *“a perda do mandato do parlamentar federal, estadual e distrital, no caso de condenação criminal transitada em julgado, será decidida pela Casa Legislativa a que pertence, pelo voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação de partido político nela representado ou da respectiva Mesa, nos exatos termos do que dispõe o art. 55, §2º, da Lei Maior”* (fl. 59.672).

A aclarar a excepcionalidade da situação, o em. Ministro Revisor citou em seu v. voto o brilhante texto do Excelentíssimo Ministro TEORI ZAVASCKI (fl. 59.676):

“a superveniente perda ou suspensão dos direitos de cidadania implicará, automaticamente, a perda do cargo. Há, porém, uma exceção: a do parlamentar que sofrer condenação criminal. **O trânsito em julgado da condenação acarreta, como já se viu, a suspensão, ipso iure, dos direitos políticos (CF, art. 15, III), mas não extingue, necessariamente, o mandato eletivo.** Ao contrário das demais hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, que geram automática perda do mandato (art. 55, IV, da CF), perda que ‘será declarada pela Mesa da Casa respectiva...’ (art. 55, §3º), em caso de condenação criminal a perda do mandato (art. 55, VI) ‘...será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta...’ (CF, art. 55, §2º).

Ainda no mesmo sentido, o v. voto proferido pela preclara Ministra ROSA WEBER, também vencida neste ponto:

“O art. 55, § 2º, a seu turno, prevê claramente um procedimento para a cassação de mandatos de Deputados e Senadores. **Se a constituição veda a cassação de direito políticos e, ao mesmo tempo, prevê procedimento específico para a cassação de mandato parlamentar, a conclusão forçosa é que o mandato não se confunde com o direito político que o fundamenta.** Trata-se, isto sim, de um desdobramento do direito político do cidadão de, candidatando-se, ser eventualmente eleito. A Constituição diferencia, assim, os direitos políticos do cidadão – eleger e ser eleito, objeto do art. 15 – das prerrogativas do membro do

Poder Legislativo pertinentes ao exercício do mandato por ele titularizado, sobre as quais incide o art. 55.” (fl. 53.069).

Sem embargo da reconhecida erudição, seja do nobre Ministro Relator, seja dos ínclitos Ministros que acompanharam, a melhor decisão, a mais justa e conforme à Constituição, é a aquela estampada nos doutos votos vencidos.

Isso porque, o Regime Constitucional vigente criou uma regra específica em relação à perda dos mandatos de Deputados e Senadores. Diga-se: nos casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em geral, a perda do mandato se dá por declaração da Mesa (art. 15, CF c.c. art. 55, IV, §3º, CF); nos casos de condenação criminal, por deliberação do Plenário (CF, art. 55, §2º). Este, muito a propósito, é o escólio do culto Min. GILMAR MENDES no seu prestigiado “Curso de Direito Constitucional” (ed. Saraiva, 5ª ed., 2010, p. 891), com a invocação de importante precedente da lavra do preclaro Min. MOREIRA ALVES no RE n. 179.502 (DJ 8/9//95).

Aliás, tão claro o equívoco da r. decisão embargada, que, não obstante no julgamento da presente Ação Penal tenha prevalecido o entendimento do eminente Relator no sentido de que a perda do mandato eletivo seria consequência automática do trânsito em julgado da condenação, em **juízos posteriores**, a mesma questão foi decidida em sentido diverso. Vejamos:

No julgamento da **Ação Penal nº 565**, de relatoria da nobre Ministra CARMEN LÚCIA – que tratava da condenação do Senador IVO CASSOL por violação ao art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude em licitação), a uma pena de 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias, em regime inicial semiaberto –, o Plenário do Supremo entendeu, por 6 (seis) votos a 4 (quatro), que **a perda do mandato dependeria de decisão da Casa Legislativa respectiva**, adequando-se ao posicionamento vencido nesta Ação Penal.

No mesmo sentido foi o posicionamento do Exmo. Ministro ROBERTO BARROSO no julgamento da **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 32.326**, quando se decidiu sobre a natureza do pronunciamento da Câmara no tocante à perda do mandato eletivo do Deputado Federal NATAN DONADON, condenado criminalmente em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal a 13 (treze) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Muito embora o Exmo. Ministro ROBERTO BARROSO tenha suspenso os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados, que mantinha a investidura do Deputado Federal, assim o fez *“porque o período de pena a ser cumprido em regime fechado excedia o prazo remanescente do mandato, tornando sua conservação impossível, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático”* (Decisão Monocrática, j. 02.09.2013).

Quando não houver incompatibilidade fática, consignou que, por todos os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico – a conclusão não pode ser outra senão a de que a Constituição Federal prevê que decisão final sobre a perda do mandato eletivo de parlamentar, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, caberá à Casa respectiva:

“A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado” (idem).

Ainda nas palavras de S. Excelência: *“a norma não fala que em caso de condenação por alguns crimes, mas não por outros a decisão será da Casa Legislativa. Tampouco prevê que em alguns casos a decisão será meramente declaratória, a ser tomada pela Mesa, e que em outros caberá ao Plenário, por manifestação secreta e maioria absoluta”* (ibidem).

Ao que parece, o objetivo insculpido na norma contida no §2º, do artigo 55, da CF é o de resguardar a separação de poderes, garantindo à casa legislativa o poder de decidir sobre a continuidade, ou não, do exercício do mandato de seus membros, *in verbis*:

“O Judiciário tem a competência privativa de condenar o acusado às sanções previstas no Código Penal, que são as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (CP, art. 32). **Porém, quanto a um dos possíveis efeitos da condenação – a perda do mandato –, por afetar diretamente a composição da Casa Legislativa, caberá a ela a última palavra**”. (ibidem, grifamos).

Portanto, no que tange ao mérito destes embargos, é de se reconhecer, *data maxima venia*, que razão assiste aos judiciosos votos-vencidos, proferidos no sentido de que: “a condenação criminal dos deputados na Ação Penal 470 configura apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para a perda dos respectivos mandatos, a qual depende de instauração do competente processo pela Câmara, que não pode deixar de fazê-lo, se devidamente provocada nos termos do 55, §2º, da Constituição” (fl. 59.688).

Isto posto, requer o Embargante sejam os presentes embargos infringentes conhecidos e providos, acolhendo-se o entendimento esposado nos vv. votos-vencidos para o fim de se determinar a perda do mandato apenas após o pronunciamento da Câmara Federal na forma do que dispõe o §2º do art. 55 da Constituição Federal como medida de estrita legalidade.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP n. 65.371