

COPIA - SEF AP 470 - CPF 58432035149 - 30/10/2013 18:25:20

bottini&tamasauskas
advogados

OPINIÃO LEGAL

Consulta e quesitos

Honra-me o Consulente JOÃO PAULO CUNHA, por seu ilustre advogado doutor ALBERTO ZACHARIAS TORON, com consulta acerca do acórdão de lavra do Supremo Tribunal Federal, proferido em 22 de abril de 2013, nos autos da Ação Penal 470.

Trata-se de questionamento sobre aspectos da condenação do Consulente pelo crime de *lavagem de dinheiro* (Lei 9.613/98, art.1º, V e VI).

Foi-me formulado o seguinte quesito: a conduta imputada ao Consulente no item 3.1 da denúncia e reconhecida pelo Acórdão apresenta os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal de *lavagem de dinheiro*?

A elaboração da opinião legal em questão exige algumas reflexões acerca da natureza do tipo penal de *lavagem de dinheiro*, dos crimes considerados *antecedentes* no caso em questão e de aspectos dogmáticos referentes ao *concurso de crimes* e ao *concurso de normas* aplicáveis à hipótese apresentada.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A questão jurídica aqui enfrentada se limita à análise da condenação do Consulente como incurso no crime de *lavagem de dinheiro*, pela

prática dos atos descritos no item 3.1 da denúncia, decisão controversa, uma vez que cinco Ministros da Suprema Corte votaram pela absolvição neste item específico.

Importa notar que na presente análise não entrarão em consideração questões fático-probatórias sobre autoria e materialidade, tendo o autor tomado como premissa os elementos incontroversos indicados no Acórdão, limitando a reflexão sobre sua qualificação jurídica.

Vale apontar, ainda, e por lealdade processual, que o subscritor do presente estudo atuou como advogado nos autos onde se discute a tese ora submetida a exame (AP 470), em fase anterior, representando corréu ao qual se imputavam fatos distintos, relacionado a outro *núcleo delitivo*, que restou absolvido por unanimidade pelo Plenário da Suprema Corte.

Feitas as considerações necessárias, passemos à controvérsia.

Imputa-se ao Consulente o ato de *receber* 50 mil reais – caracterizados como vantagem indevida obtida em razão de sua função (presidente da Câmara dos Deputados) – com o emprego de *mecanismo de lavagem de dinheiro*, uma vez que o valor foi retirado por sua esposa em uma agência bancária, sem que se seguissem os trâmites de saque desta quantia exigidos pelas regras vigentes de controle do sistema financeiro (fls. 665 do ac.).

Tais valores seriam oriundos, segundo a denúncia e o acórdão dela decorrente, de crimes contra o sistema financeiro e praticados por meio de organização criminosa, ademais de imbricados com o delito de corrupção.

2



Diante de tais premissas, indaga-se pela adequação da qualificação dos fatos narrados e apreciados como atos de *lavagem de dinheiro* em concurso material com o crime de *corrupção passiva*.

Em sendo o crime de *lavagem de dinheiro* delito *complexo*, que exige *crime antecedente*, faz-se necessário, em primeiro lugar, fixar quais os delitos indicados na decisão como *originários* dos valores supostamente *lavados*, uma vez que a análise da controvérsia jurídica será distinta em relação a cada um deles.

A denúncia que originou o feito em discussão fez menção aos crimes de *corrupção, contra o sistema financeiro nacional* e praticados por meio de *organização criminosa* como crimes antecedentes alternativos da *lavagem de dinheiro* supostamente praticada pelo Consulente. O Acórdão indicou apenas os crimes de (i) *corrupção passiva* e (ii) *crime contra o sistema financeiro nacional* como referidos aos atos de lavagem, hipóteses que passamos a avaliar.

2. CRIME ANTECEDENTE: DELITO CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

No que concerne ao *crime contra o sistema financeiro nacional* como antecedente da *lavagem de dinheiro* em tela, nota-se dos votos submetidos à nossa apreciação – tanto vencedores quanto vencidos – a inexistência de menção *expressa* ao *dolo* do Consulente, uma vez que – ao que tudo indica – não há qualquer apontamento sobre ele ter *conhecimento* (dolo direto) ou *suspeita* (dolo eventual) da proveniência dos valores *daqueles* ilícitos específicos.

Sabe-se que o elemento subjetivo nuclear da *lavagem de dinheiro* é dolo. Ao contrário de outros países – como a Espanha e o Chile – o tipo penal em discussão não existe no Brasil na forma culposa – consciente ou

inconsciente. Apenas o comportamento doloso é objeto de repreensão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e vontade de agir naquele sentido. Logo, não basta a constatação objetiva de ocultação ou dissimulação. É necessário demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los¹.

Além de conferir lógica e sistematicidade à teoria do delito, a exigência da constatação de dolo na lavagem constitui importante garantia de imputação subjetiva, que afasta qualquer hipótese de responsabilidade objetiva na seara penal. Por mais que uma pessoa seja responsável por determinada esfera de organização, somente será responsável pelos crimes de lavagem cometidos nessa seara se for demonstrada sua relação psíquica com aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com sua realização.

A conservação do elemento subjetivo do tipo é a *“garantia do cidadão contra a responsabilidade objetiva na seara penal, assegurando-lhe que somente serão puníveis os fatos que integram seu espaço psíquico cognitivo e volitivo”* ².

Não por acaso, a doutrina é incisiva ao discorrer sobre o dolo, como ilustra o seguinte trecho das reflexões de Sérgio Moro:

“O dolo deve abranger o conhecimento de que os bens e direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividades criminosas, mas não necessariamente o conhecimento específico de qual atividade criminosa ou de seus elementos ou circunstâncias”. O agente deve acreditar

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 94

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 93

que está lavando produto de atividade criminal relacionada nos incisos do art.1º, da Lei 9613/98. (...).

Caso o agente realize as condutas típicas do crime de lavagem, ocultando e dissimulando produto de tráfico de entorpecente, mas acreditando que se tratava do produto de corrupção, o erro de tipo será irrelevante, respondendo o agente da mesma forma pela lavagem. “Caso, porém, realize a mesma conduta, mas acreditando que se tratava de produto de estelionato, haverá erro de tipo relevante, que exclui o dolo”.³

No mesmo sentido, outras manifestações – até mesmo mais contundentes:

“O elemento subjetivo destes crimes é o dolo. Não se pune a ‘lavagem’ culposa. e o dolo é direto (quando o agente quer o resultado), pois não convence o argumento contrário de que possa haver espaço para o dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzi-lo), já que as várias condutas estão ligadas à intencionalidade de ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente, ou então, referem-se às condutas paralelas de colaboração que indicam a prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, ocorrendo a imputação nesta última hipótese pela incidência do instituto de concurso de pessoas (art. 29, CP).”⁴

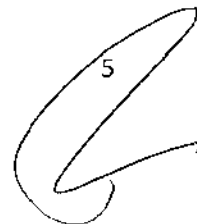
Ou:

“Só poder-se-á enquadrar nos crimes previstos nessa lei quando houver a consciência da ilicitude da

³. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de dinheiro*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 60.

⁴ BARROS, Marco Antonio de Barros. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 101.

5



conduta. Dessa forma, é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro em movimentação, não precisando que esse agente tenha absoluta certeza sobre o fato, mas apenas a consciência do ilícito. Será de suma importância que se verifique no caso concreto quais os processos que o agente utilizou para lavar o dinheiro oriundo de fontes ilícitas para que se verifique assim se o dolo (elemento subjetivo) está presente⁵.

E também:

“Deve o agente especificamente conhecer qual o crime anteriormente praticado que ensejou os bens ou valores objetos da lavagem (hipótese do dolo direto, ressalvando-se a explicação já feita quanto ao dolo eventual), e não apenas conhecer a prática de qualquer ‘crime’.”⁶

Há que se salientar que este é também o entendimento de nossos Tribunais:

“(…)

XII - Não há que se falar em manifesta ausência de tipicidade da conduta correspondente ao crime de “lavagem de dinheiro”, ao argumento de que não foi devidamente comprovada a prática de algum dos crimes anteriores arrolados no elenco taxativo do artigo 1º, da Lei 9.613/98, sendo inexigível que o autor do crime acessório tenha concorrido para a prática do crime principal, desde que tenha conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

[...]

⁵ Conselho da Justiça Federal. Caracterização do crime de lavagem de dinheiro na Lei n. 9613/98. In: Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro. Série Pesquisas do CEJ, nº 09, Brasília, 2002, p. 39.

⁶ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. Lavagem de dinheiro. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 54.

Ora, é bem verdade que a tipicidade do delito de "lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores", de natureza acessória, está na dependência da existência de crime principal, prévio, que deve corresponder à definição do tipo penal em que é descrito. O crime prévio deve estar necessariamente relacionado no elenco esgotante e taxativo do próprio artigo 1º, da Lei 9.613/98. Há entre os crimes antecedentes e o delito de lavagem de dinheiro, uma acessoriedade material, ou seja, sem a ocorrência do crime antecedente é impossível tipificar o crime previsto na Lei nº 9.613/98.


Todavia, não decorre da Lei a exigência de que o autor do crime acessório tenha praticado também o crime anterior, sendo necessário, isto sim, que o sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro tenha inteira ciência quanto aos elementos do tipo, aí incluído o conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores." (STJ, HC 49.470. Relator Ministro Félix Fischer. Quinta Turma. J. em 15 de agosto de 2006) Grifamos.

Feitas tais considerações, voltemos ao Acórdão, do qual – como indicado – não se extrai uma posição firme no sentido da existência da ciência do Consulente acerca de qualquer delito contra o sistema financeiro nacional.

No que concerne aos votos vencedores, o Ministro Luis Fux indicou que "não é óbice ao reconhecimento da configuração do crime da lavagem de dinheiro o fato de ter o 15º denunciado (João Paulo Cunha) também praticado o crime antecedente, de corrupção passiva." (fls.1539 do ac., grifos nossos).

De igual maneira, o e. Min. Celso de Mello asseverou julgar procedente a denúncia contra o Consulente "quanto ao delito de lavagem de dinheiro em que os crimes antecedentes referidos são os crimes contra a Administração Pública" (fls.2459 do ac., grifos nossos).

7



A ausência de elementos subjetivos referentes a tais antecedentes é ainda mais clara nos votos *vencidos*.

O e. Min. Lewandowski reconhece que restou claro dos autos que *“de maneira inequívoca, 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”* (fls.1009 do ac., sem grifos).

A e. Min. Rosa Weber:

“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.1263 do ac., grifos nossos).

O e. Min. Dias Toffoli:

No caso específico, os depoimentos aqui convergem também no sentido de que João Paulo Cunha, ao determinar que os recursos financeiros destinados ao pagamento de pesquisa eleitoral fossem recebidos por sua esposa, sempre os teve como repasse partidário feito pelo PT; jamais como proveniente de uma das infrações subsumíveis aos incisos V a VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, razão pela qual não demonstrada, na espécie, a presença do elemento subjetivo do tipo – dolo –, a impossibilitar o reconhecimento, no caso, do cometimento do crime de lavagem de dinheiro (fls.1261 do ac.).

Ainda que se entenda que tais decisões não afastem de forma peremptória a origem dos valores recebidos pelo Consulente em crimes

contra o sistema financeiro nacional, parece incontroversa a inexistência de *dolo* (mesmo na forma eventual) em relação a tais delitos anteriores, pela ausência do elemento *cognitivo*, razão pela qual não parece que a condenação por *lavagem de dinheiro* no caso em tela tenha sustentação nos incisos VI da antiga redação do art.1º da Lei 9.613/98.

3. CRIME ANTECEDENTE: CORRUPÇÃO PASSIVA

Em relação ao crime de *corrupção passiva* como *antecedente* a questão parece distinta, uma vez que o Consulente foi também condenado pela sua prática, em *concurso material* com a *lavagem de dinheiro*.

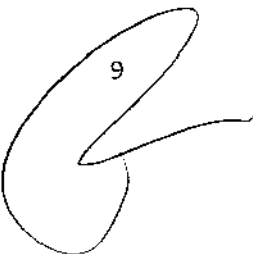
Aqui – partindo-se das premissas fixadas no Acórdão – não há que se afastar o *dolo* – na forma do elemento *cognitivo* – uma vez que se imputou a *autoria* do antecedente ao próprio agente da *lavagem de dinheiro*, em punição da *autolavagem*, instituto controverso em diversos países, mas aceito *jurisprudencialmente* no Brasil.

O elemento a ser analisado aqui, a nosso ver, não diz respeito aos aspectos *subjetivos* da *lavagem de dinheiro*, mas à sua própria *existência objetiva*. Em outras palavras, parece necessária uma reflexão sobre subsistência da *tipicidade objetiva* do crime do art.1º da Lei 9.613/98 em face da *corrupção passiva* tomada como crime antecedente.

O deslinde da questão, no entanto, exige observar, nos fundamentos dos votos *vencedores*, o que se entendeu por *lavagem de dinheiro*, uma vez que existe *divergência* sobre o comportamento que efetivamente caracterizou a *ocultação* ou *dissimulação*. Há votos que mencionam ser o recebimento de valores por “*interposta pessoa*” o elemento típico central da *lavagem*⁷. Outros indicam a *dissimulação* no uso de movimentação bancária em desacordo com as

⁷ Votos dos e. Ministros Luis Fux e Carmen Lucia

9



normas legais e atos regulamentares, em momento anterior ao próprio *recebimento dos valores*⁸. Tal divergência sobre o *momento* e do *ato caracterizador* da lavagem de dinheiro exige o enfrentamento segmentado da questão.

3.1. DA OCULTAÇÃO PELO USO DE INTERPOSTA PESSOA.

CONSUNÇÃO

Parte dos Ministros da Suprema Corte entendeu como *ato característico da lavagem de dinheiro* o recebimento dos valores com o uso de *interposta pessoa*. Mais precisamente, o fato do Consulente ter recebido os 50 mil reais (vantagem supostamente indevida) por intermédio de sua *esposa*, que retirou os valores em agência bancária e lhe entregou posteriormente, caracterizaria a *ocultação típica da lavagem de dinheiro*⁹.

Assim, segundo alguns dos votos vencedores, o uso da *esposa* para o recebimento dos valores seria o *ato típico de ocultação*. Tivesse o *corrompido* recebido *diretamente* o dinheiro, não haveria o crime de *lavagem de dinheiro*, mas apenas *corrupção passiva*.

A questão que se coloca, portanto, é a identificação (ou não) de *concurso material* entre o ato de *corrupção passiva* e de *lavagem de dinheiro*, quando este último é caracterizado pelo recebimento de valores “por interposta pessoa”.

Para isso, algumas considerações dogmáticas são relevantes.

⁸ Votos dos e. Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes

⁹ Por exemplo, o Min. Luiz Fux, às fls.1539 do acórdão (ainda que não tenha sido esse o único fundamento da condenação por lavagem), da Min. Carmen Lucia, fls.1805 e 1875 do acórdão, do Min. Ayres Britto, às fls.2478 do acórdão

Há *concurso material de crimes* quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art.69). No caso em tela, o Consulente foi condenado pela prática dos crimes de *corrupção passiva* (CP, art.317) e *lavagem de dinheiro* (Lei 9.613/98).

Em primeiro lugar, merece análise a possibilidade hipotética da ocorrência de *concurso material* entre os crimes mencionados. E, a nosso ver, é perfeitamente possível tal subsunção, quando presentes elementos autônomos referentes a cada delito, uma vez que os bens jurídicos tutelados pelas diferentes normas penais incidentes são distintos. Outra não é a jurisprudência da Suprema Corte (Inq. 2471, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.9.2011, pleno).

Questão distinta é observar se *no caso em tela* existiu o *concurso material*, ou seja, se das circunstâncias *concretas* expostas na inicial (e levadas em consideração na decisão condenatória) se extrai a ocorrência de *dois crimes distintos e autônomos*.

O exame da questão passa – em primeiro lugar - pela distinção conceitual entre o *concurso material* e as hipóteses de *concurso aparente de normas*, premissa fundamental para o deslinde do problema.

O *concurso de crimes* tem por elemento central a prática de *dois ou mais delitos*, enquanto no *de normas* os comportamentos – ainda que distintos – compreendem um *único crime*. No plano do preceito primário, reconhece-se a incidência de *dois tipos penais* no primeiro caso, e de um *dispositivo único* no segundo. No plano das consequências jurídicas, o primeiro implica a punição por ambos os crimes, enquanto o segundo limita a aplicação de um tipo penal sem qualquer acréscimo sancionatório (para evitar o *bis in idem*).

A distinção entre tais figuras – embora fundamental para a aplicação correta da norma – nem sempre salta aos olhos do intérprete, como aponta ZAFFARONI:

“Há hipóteses em que parece haver concorrência de vários tipos penais, mas que, observadas com mais atenção, nos revelam que o fenômeno é apenas aparente, porque na interpretação adequada dos tipos a concorrência acaba descartada, dado que um dos tipos exclui o outro ou os outros”¹⁰.

O *concurso aparente de normas* ocorre quando dois ou mais tipos penais descrevem o mesmo comportamento criminoso, de forma que apenas um deles é aplicável. Há hipóteses em que tal situação é evidente, como, por exemplo, nos casos de *especialidade*, onde a mesma conduta delitiva é descrita de forma genérica por um tipo penal e específica por outro (ex. homicídio culposo, CP, art.121, par.3º e homicídio culposo na direção de veículo automotor, CTB, art.302).

Prevalece, neste caso, a regra especial sobre a geral. Aqui a confusão com o *concurso material* é remota, a uma porque em regra se trata de apenas *uma ação ou omissão*, e a duas porque existe clara identificação de um *mesmo crime*, apenas descrito com mais ou menos *detalhes ou precisão* por cada dispositivo legal. Em geral, o bem jurídico protegido pelas normas em aparente conflito é idêntico (no exemplo citado, a vida).

Porém, há situações mais *complexas* de *concurso aparente de normas*, nas quais a distinção em relação ao *concurso material de crimes* é menos evidente. É o que ocorre nos casos de *consunção*.

¹⁰ ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p.732.

Há consunção quando o fato previsto por uma norma está compreendido em outra de âmbito maior e, portanto, só esta se aplica¹¹. Há uma relação de *contingência* entre os tipos penais. Nessa situação, a *aparência* da existência de *dois ou mais crimes autônomos* é maior. Os comportamentos estão previstos em tipos penais diferentes que não guardam entre si relação *vertical* de gênero e espécie, mas *horizontal*, sendo *distintos* os *bens jurídicos* tutelados pelas normas penais incidentes.

O exemplo clássico da *consunção* é a relação entre *lesão corporal* e *homicídio*, onde o segundo consome o primeiro pela relação de *progressividade*, uma vez que o crime mais grave tem entre seus elementos *constitutivos* o delito mais simples e menos grave¹².

Nesses casos, mais complexa a identificação da fronteira entre o *concurso de normas* e o *concurso de crimes*.

O critério de distinção indicado pela doutrina é percepção (ou não) de uma relação de *meio e fim* ou de *contingência* entre os crimes possivelmente praticados. Assim, se entre os delitos existe uma relação de *instrumentalidade direta* – um deles é *meio* para a consecução do outro – ou de *contingência* – um deles está *compreendido* como fase de preparação ou de execução do outro – haverá a *consunção*, o *concurso de normas*, de forma que um deles será *absorvido* pelo outro, restando apenas adequada a condenação unitária.

A condenação, nesse caso, em *concurso de crimes*, afrontaria a vedação do *bis in idem*, uma vez que – em verdade – se puniria pelo mesmo *ato delitivo* duas ou mais vezes. O crime de *homicídio* compreende a *lesão corporal* (quando prévia e inerente à morte), de forma que a punição na forma do art.69 do CP (*concurso material*) seria desarrazoada.

¹¹ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. Vol.1, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981,p.293

¹² NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. Vol.1, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981,p.293

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, aponta que nesses casos não há que se falar em concurso de crimes, pois há um claro “relacionamento entre um ilícito puramente instrumental (crime meio) e o crime-fim correspondente. Por outras palavras, aqueles casos em que um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos¹³”, motivo pelo qual, “uma valoração autônoma e integral do crime meio representaria uma violação da proibição jurídico-constitucional da dupla valoração.¹⁴”

Vale a lição de Celso Delmanto, quem esclarece que a regra da consunção afasta o concurso material, na medida em que “A norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste”¹⁵.

Feitas tais considerações, voltemos ao caso apresentado.

Trata-se dos crimes de *corrupção passiva* e de *lavagem de dinheiro*, cujos tipos penais têm as seguintes redações:

Art. 317 - 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 promessa de tal vantagem:

Lei 9.613/98 Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

Pois bem.

¹³ *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. 1ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 1018.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Código Penal Comentado*. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 313.

Dos textos legais expostos, e das premissas fixadas, tem-se que se a *lavagem de dinheiro* for *meio* ou estiver *contida* no crime de *corrupção passiva* não existirá *concurso de crimes*, mas *concurso aparente de normas*, resolvido pela *consumção* da segunda na primeira.

Para isso, parece necessária a identificação dos *atos concretos* praticados pelo Consulente classificados como materialmente típicos.

Como já assentado, a *lavagem de dinheiro* foi caracterizada pelos votos ora em análise no comportamento de receber valores *sujeitos* por “interposta pessoa”. O uso do *intermediário* seria o ato típico do art.1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Já a corrupção passiva se revelou no ato de “receber” a vantagem indevida. Embora o tipo penal da *corrupção passiva* (CP, art.317) indique também a forma de *solicitar* como comportamento típico, nos parece que, nos fatos em tela, o núcleo do agir deve ser concebido na forma do *recebimento*, e essa questão é fundamental para a análise do *concurso material* em tela.

Em primeiro lugar, nos parece que a única hipótese que admite o reconhecimento do *concurso da corrupção passiva* com a *lavagem de dinheiro*, se dá no caso do “*recebimento*”, uma vez que o ato de “*solicitar*” não gera produto passível de ocultação ou dissimulação. Vale aqui a lição de BARROS, ao comentar a corrupção como antecedente de *lavagem de dinheiro*: “*Impõe-se, também nesta figura delituosa (corrupção) o recebimento da vantagem indevida, pois o crime de lavagem somente se consuma com a ocultação ou dissimulação do capital*” ¹⁶ (grifos nossos).

¹⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. Com comentários. artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

Porém, há quem diga – e isso restou claro em um dos votos *vencedores* (fls.2331 do ac.) – que o *recebimento* é mero *exaurimento* do ato anterior de *solicitação*, de forma que o agir típico seria o “solicitar” e não o “receber”.

Não nos parece a melhor solução.

A nosso ver, 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 de *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 delinquente*”¹⁷

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*”.

¹⁷ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. Vol.1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.p.119

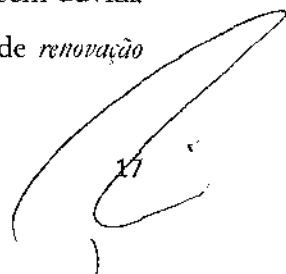
Ao contrário, na *corrupção passiva*, o ato de *receber* é elemento do tipo penal na forma objetiva. O ato de “receber” seria mero *exaurimento* se o tipo penal indicasse a conduta típica como “*solicitar, com o intuito de receber*”. Mas a técnica do *tipo misto alternativo* dispôs o ato de “*solicitar 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.

Pois bem.

Fixado o ato de “receber” como o comportamento típico da *corrupção passiva* e o fato de ser “por interposta pessoa” como elemento da *lavagem de dinheiro*, voltemos à questão central: existe ou não relação de contingência típica?

A nosso ver, o uso de “interposta pessoa” - ato indicado pelos votos em análise como *lavagem de dinheiro* - *integra expressamente* o tipo penal de *corrupção passiva*, uma vez que a redação do art.317 prevê – como conduta delitiva – o recebimento *indireto* da vantagem indevida:

Art. 317 - 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 promessa de tal vantagem (grifos nossos)

O termo *indiretamente* não figura no dispositivo por acaso. Abrange qualquer recebimento *por etapas*, evitando-se que o agente que se utilize de *intermediários* reste impune pela ausência de adequação típica. Como indicado pela c. Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento ora analisado, “o recebimento da vantagem indevida por interposta pessoa constitui espécie das condutas possíveis atinentes ao recebimento indireto da atual legislação” (fls.1264 do ac.).

Em outras palavras, o recebimento *por interposta pessoa* está *contido* na redação do art.317 do Código Penal.

Não é outra a conclusão da doutrina:

“A solicitação, recebimento ou aceitação de promessa, deve ser para si (o próprio agente) ou para outrem (vide tipo subjetivo abaixo). E pode ser solicitada direta (pelo próprio funcionário) ou indiretamente (mediante interposição de outra pessoa) ¹⁸” (grifos nossos).

“Existe corrupção ainda que a vantagem seja entregue ou prometida não diretamente ao funcionário, mas a um familiar seu (mulher, filhos, etc.)¹⁹” (grifos nossos).

“A solicitação e o recebimento podem ser feitos direta ou indiretamente (solicitação tácita, recebimento através de terceiros, etc)²⁰” (grifos nossos).

Nesse sentido – embora não usando dos mesmos termos – o voto da e. Ministra Rosa Weber, que caracterizou o recebimento do dinheiro como ato consumativo da corrupção passiva e de exaurimento da corrupção ativa, apontando que o uso de intermediários seria uma modalidade de consumação e não um crime adicional.

“Nessa linha, a utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário – integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva, núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa. Por isso, a meu juízo, esse ocultar e esse dissimular não dizem necessariamente com o delito de lavagem de dinheiro, embora, ao surgirem como um iceberg, como a ponta de esquema de proporções mais amplas, propiciem maior reflexão sobre a matéria.” (voto Min. Rosa Weber, fls.1086 do ac.)²¹ (grifos nossos).

¹⁸ Delmanto, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 908.

¹⁹ Cunha, Rogério Sanches. *Direito Penal*. Vol. 3. Parte Especial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 380.

²⁰ STOCO, Rui e STOCO, Tatiana. *Dos crimes praticados por funcionário público*. In *Código Penal e sua interpretação*, coord. FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. São Paulo: RT, 2007. p.1468

²¹ A Ministra ainda repete o argumento às fls.1262 do acórdão.

Para além, é possível ainda verificar uma relação de *meio e fim* entre os delitos, por restar evidente que a *ocultação* descrita nos votos indicados foi o instrumento para o recebimento dos valores indevidos, uma vez que o ato de *corrupção* – por suas próprias características – não é consumado às claras, como bem destacou o Min. Revisor Ricardo Lewandowski em seu voto:

“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, quicá, a vantagem indevida é recebida diretamente, à luz do dia” (fls.3739 do ac.).

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 *concurso aparente de normas* no caso submetido à análise.

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 *concurso 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*.

Por fim, há quem sustente inviável a *consumção* quando os crimes supostamente praticados afetam *bens jurídicos distintos* – como ocorre no caso em tela com a *corrupção passiva* e a *lavagem de dinheiro*.

Ocorre que na grande maioria dos casos de *consumção* 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 consumção. Ausência de constituição definitiva do crédito. Súmula Vinculante n. 24 do STF. Recurso não provido.

[...]

é da essência do princípio da consumção 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 delitiva, 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 consunção²²” (grifos nossos).

Vale notar, portanto, 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*.

Assim, se entendida a *ocultação* ou *dissimulação* típica da lavagem de dinheiro como o recebimento “indireto” dos valores (*através de interposta pessoa*), necessário reconhecer-se a *contingência* entre os tipos penais, aplicando-se o instituto da *consunção*.

3.2 AINDA DA OCULTAÇÃO PELO USO DE INTERPOSTA PESSOA. ATIPICIDADE.

Por outro lado, e apenas para fins de argumentação, tomemos por premissa que o recebimento “por *interposta pessoa*” não se identifica com o *recebimento indireto* previsto no art.317 do CP, ou seja, que se

²² Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral I. 16ª Edição. São Paulo, Saraiva. 2011, p. 227.

trata de um ato *autônomo* de *encobrimento*, com natureza própria, não integrante do tipo penal de *corrupção passiva*.

Nessa hipótese, seria ainda necessário caracterizar este uso “de interposta pessoa” como “ocultação ou dissimulação” típica da *lavagem de dinheiro* para verificar a existência do *concurso material* com a *corrupção passiva*.

Pois bem, vejamos no que consiste a *ocultação* ou *dissimulação* previstas no art.1º da Lei 9.613/98, em definições já apresentadas em obra própria²³.

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista.²⁴ A consumação ocorre com o encobrimento, por qualquer meio, desde que acompanhado da *intenção* converter o bem futuramente em ativo lícito. A *dissimulação* é o ato ou conjunto de atos – posterior à *ocultação*. Há quem a caracterize como a *ocultação* mediante artil, ²⁵ ou como a segunda etapa do processo de lavagem.²⁶ *Dissimular* é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores.

Conceituados os elementos centrais do crime de *lavagem de dinheiro*, resta verificar a subsunção dos fatos indicados como típicos pelo Acórdão.

Temos para nós que *receber* dinheiro sujo por intermediários nem sempre caracteriza a *ocultação* necessária à *lavagem de dinheiro*. Obter o numerário por meio da *esposa* – como no caso em tela – não corresponde à *ocultação* prevista no tipo penal da *lavagem de dinheiro*. Por mais que

²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro. Aspectos Penais e Processuais Penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 63 e ss.

²⁴ BARROS, *Lavagem de capitais*, 77 DE CARLI, *Dos crimes*, 194 CEJ, *Uma análise crítica*, 33

²⁵ BARROS, *Lavagem de capitais*, p. 76, NUCCI, *Leis penais especiais*, p. 827.

²⁶ BARROS, *Lavagem de capitais*, p. 77, MAIA, *Lavagem de dinheiro*, p. 66.

o crime não exija *sofisticação* na *dissimulação* – RHC 80.816-6/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence) – é necessário que o *escamoteamento* afete (ou coloque em risco) a administração da Justiça e o labor de rastreamento da origem e do destino dos valores. O recebimento de dinheiro através de pessoas com as quais se tem evidente, clara e direta relação – como é o caso da *esposa* – não é capaz de obstaculizar qualquer atividade da Justiça.

Apenas o *encobrimento* apto a conferir *aparência de licitude* ao capital revela o tipo penal. *Lavar dinheiro* é retirar suas manchas, sua ligação com o crime precedente, e o ato de receber o valor pelas mãos da esposa não implica no *encobrimento*.

Mas, ainda que se identifique aqui (o que parece difícil) um ato de *ocultação*, não parece ser aquele indicado normativamente no tipo penal em análise. Existem *ocultações* e *ocultações*. Fosse qualquer *encobrimento* apto a ensejar a lavagem de dinheiro, poucos crimes patrimoniais escapariam a tal caracterização. A *ocultação* somente caracteriza *lavagem de dinheiro* se for o passo inicial para uma posterior *reinserção* dos valores na economia formal, com *aparência de licitude*.

Não é outro o entendimento do e. STJ, revelado em acórdão de lavra do ora Ministro da Suprema Corte, Teori Zavascki

“PENAL. RECEBIMENTO DE
DINHEIRO DECORRENTE DE CRIME DE
PECULATO. “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE VALORES
(LEI 9.613/98, ART. 1º, § 1º). ESPECIAL ELEMENTO
SUBJETIVO: PROPÓSITO DE OCULTAR OU DISSIMULAR A
UTILIZAÇÃO. AUSÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE
RECEPÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, § 6º).
EMENDATIO LIBELLI. VIABILIDADE. DENÚNCIA
PROCEDENTE. No crime de “lavagem” ou ocultação de valores de que

trata o inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento ("utilização") de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade) descaracteriza-se o crime de ocultação, assumindo a figura típica de receptação, prevista no art. 180 do CP". (STJ – Corte Especial - APn 472 – rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 01/06/2011 - DJe 08/09/2011).

Conforme bem esclarece a doutrina, "Ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica de lavagem de dinheiro, é necessário considerar o conjunto das operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos ilegais em si ilegais. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não têm, na realidade, o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico. (...) A ilicitude ocorre quando essas operações são realizadas sobre bens ou valores ilicitamente obtidos, **com a finalidade de ocultar ou dissimular sua origem criminosa,** possibilitando que circulem com aparência de legitimidade.²⁷"

Da mesma forma, FULBIER:

²⁷ De Carli, Carla Veríssimo. *Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. 2ª Ed. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008.

“(…) a origem de um bem é dissimulada quando são aditados artifícios destinados a trazer a aparência de que o bem não seria proveniente de um dos delitos antecedentes de lavagem de dinheiro”²⁸

Vale, ainda, a lição de MORO:

“Para a configuração do crime do caput do art. 1º, é necessária a caracterização de atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime.

*A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do caput”.*²⁹

A fim de ilustrar a assertiva anterior, tomemos o seguinte exemplo: o ato de enterrar dinheiro ou escondê-lo em fundos falsos, do ponto de vista objetivo, perfaz a *ocultação*, uma vez que o produto da infração foi escamoteado. Mas essa conduta somente caracterizará a *ocultação* da lavagem de dinheiro se acompanhada de elementos objetivos que revelem a sua aptidão para reintegrar os valores à econômica com aparência de licitude. Se alguém rouba um banco e enterra o dinheiro para depois usá-lo para aquisição de bens de consumo pessoal em seu nome, como carros ou imóveis, *oculta* o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não há *tipicidade de lavagem* porque ausente o contexto de *reciclagem do capital*. Não existem elementos *objetivos* ou *subjetivos* que indiquem o *reingresso dos bens* sob um manto de legalidade. Trata-se de mero exaurimento do crime antecedente. O agente não busca conferir aparência lícita aos bens obtidos pelo crime, mas apenas aguardar o melhor momento para

²⁸ FULBIER, Andreas, citado por DE CARLI, Carla Verissimo, “*Dos crimes: aspectos objetivos*”, in *Lavagem de dinheiro – prevenção e controle penal*. Coord. Carla Verissimo di Carli; Andrei Borges de Mendonça (et AL). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p.193

²⁹ MORO, *Crime de lavagem de dinheiro*, p. 34.

usufruí-los.³⁰

Por outro lado, se o agente enterra o dinheiro e envia uma missiva a doleiro solicitando providências para uma transação por dólar cabo, haverá lavagem de dinheiro consumada, mesmo que o valor não seja sequer entregue ao cambista. Nesse caso, além da ocultação, existe o *contexto de reciclagem*, a aptidão da conduta para apagar os rastros do capital ilícito e desvinculá-lo de seu passado obscuro.³¹

Assim, não é a *sofisticação da ocultação* que revela a *lavagem de dinheiro*, mas a indicação de elementos *objetivos e subjetivos* que demonstrem a relação desta com um ato posterior de *reciclagem*, de *inserção* do produto do crime na economia. Note-se: a *inserção* do capital no mercado não é necessária à *consumação da lavagem*, uma vez que o tipo penal menciona apenas a *ocultação* como modalidade delitiva completa, mas a descrição da *aptidão* da conduta para uma futura *reciclagem* e a *intenção específica* do agente nesse sentido são indispensáveis para a materialidade do crime.

Por isso, o recebimento de dinheiro por meio da esposa não caracteriza *objetivamente a lavagem de dinheiro* por dois motivos: (i) não se trata de comportamento apto a *ocultar* o bem, e (ii) mesmo que se considere *ocultação*, não restou demonstrado o *contexto de lavagem*, uma vez que inexistente qualquer elemento que vincule o recebimento a uma pretensão de reinserção dos valores na economia, com aparência de licitude. Houvesse no acórdão menção a atos posteriores ao recebimento, voltados ao escamoteamento dos bens, a solução poderia ser outra. Mas a ausência de qualquer indicação de elemento objetivo que indique o risco de *reciclagem* afasta a tipicidade do recebimento “por interposta pessoa”.

³⁰ . O mero “*proveito econômico do crime antecedente*” não caracteriza lavagem de dinheiro (DE CARLI, *Dos crimes*, p. 195), (PITOMBO, *Lavagem de dinheiro*, p. 109), DE CARLI, *Dos crimes*, p. 195.

³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, e BADARÓ, Gistavo Henrique, *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2012. p.67.

3.3 DO USO DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS
IRREGULARES COMO ELEMENTO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Os itens anteriores dedicaram-se a demonstrar a *consunção* entre os tipos de *lavagem de dinheiro* e *corrupção*, ou a *atipicidade* da ocultação descrita, levando-se em consideração os argumentos expostos em alguns dos votos vencedores – quais sejam, de que a *lavagem de dinheiro* estaria caracterizada, no caso concreto, pelo uso de *intermediários* para o recebimento dos valores.

No entanto, não foi apenas este o fundamento da condenação pela *lavagem de dinheiro*. O Ministro Relator Joaquim Barbosa frisou, em seu voto, que o fato do dinheiro ter sido entregue por terceiros intermediários não foi o elemento central do injusto. A *ocultação* não decorreu do uso de “interposta pessoa”, mas do uso de movimentos financeiros irregulares, assim caracterizados: o dinheiro proveniente de *peculato* e de *empréstimos simulados* era depositado na conta corrente de uma empresa de publicidade que, por sua vez, autorizava saques em espécie, indicando ao banco que o dinheiro seria usado pela própria empresa, para pagamento de fornecedores. No entanto, quem retirava o dinheiro não eram prestadores de serviços da empresa, mas representantes dos supostos *corrompidos*, ou os próprios. Ou seja, formalmente a empresa retirava altas somas em espécie para pagamento de fornecedores, quando, na verdade, destinava tais valores para corrupção.

Tal movimentação era a forma de *escamotear a origem* dos recursos e seu destino: a *corrupção* do Consulente. Esse seria o processo de *mascaramento*, e não o uso de *intermediários* para a entrega dos valores aos destinatários finais. Assim, na ótica do Min. Relator, mesmo que o sacador do dinheiro fosse o *próprio corrompido*, ainda existiria *lavagem de dinheiro*, porque seu elemento central foi o *escamoteamento* via instituição financeira, independente que *quem* recebesse os valores:

“Com esses mecanismos (sistemática do banco e da empresa de publicidade de ocultar o verdadeiro sacador do dinheiro), que, por sua eficácia, permitiu que os fatos permanecessem encobertos por quase dois anos, até mesmo se o próprio J.P.C. tivesse se dirigido pessoalmente à agência do Banco R. em Brasília, teria praticado o crime de lavagem de dinheiro” (voto Min. Joaquim Barbosa, fls.666 do ac., sem grifos no original)

E, mais adiante:

“Não há, no caso, mero exaurimento do crime de corrupção, pois o meio empregado para receber vantagem indevida configurou, no caso, o crime autônomo de lavagem de dinheiro, que atingiu bem jurídico distinto” (voto Min. Joaquim Barbosa, fls.668 do ac.)³²

A nosso ver, tal construção acaba por *inverter* a lógica do tipo penal do art.1º *caput* da Lei 9.613/98. 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*.

O próprio voto do e. Relator – ao qual dedicamos respeito e admiração – afirma que o suposto esquema de dissimulação foi *meio* para o *recebimento*. Se não existe *consumção* – que parece clara – há ao menos uma segmentação de atos onde a suposta *lavagem* antecede o *crime antecedente*, o que não parece admissível.

³² Em sentido similar, o Min. Luiz Fux, às fls.1540 do acórdão, e o Min. Gilmar Mendes, às fls.2327 do acórdão.

O voto da e. Ministra Rosa Weber, ao tratar do tema, trouxe inúmeros julgados da justiça norte americana “no sentido de que a lavagem de dinheiro somente se aplica para atos posteriores à consumação do crime antecedente”³³.

Na mesma linha, o Min. Cezar Peluso apontou que:

“Em síntese, creio não se deva confundir o ato de ocultar e dissimular a natureza ilícita dos recursos, presente no tipo penal de lavagem de dinheiro, e que a doutrina especializada descreve como estratégias comumente adotados para que o produto do crime antecedente – seja progressivamente reintroduzido na economia, agora com aparência de licitude, com os atos tendentes a evitar-lhe o confisco ainda durante o iter criminis do delito antecedente, em outras palavras, para garantir a própria obtenção do resultado do delito.” (fls.2280 do acórdão, sem grifos)

Ainda que se discuta se o recebimento da vantagem é o momento da consumação da corrupção, ou mero esaurimento de solicitação anterior – como alhures indicado – fato é que o produto da corrupção só existe para o corruptor a partir do momento que este passa a dele *dispor*, seja diretamente, seja por intermediários. Antes disso, qualquer procedimento de tratamento do capital, modificação de seus aspectos, ou traslado, estão fora de seu domínio. Ele é estranho ao curso do dinheiro antes deste chegar às suas mãos, ou nas de alguém que o represente formal ou informalmente. O recebimento dos valores será corrupção passiva, mas o processo que o antecede não se adequa ao tipo de lavagem de dinheiro – ao menos na perspectiva de seu destinatário. Do contrário,

³³ Fls.1264 do acórdão, sem grifos. Vale destacar, no entanto, que ao tratar do núcleo político do esquema denunciado, a mesma Ministra admite a lavagem de dinheiro na entrega de numerário a parlamentares em troca de apoio político, indicando que “seu propósito específico, sem dúvida, era receber o dinheiro, e não lavá-lo, mas, concordando em recebê-lo mediante estratégias de ocultação e dissimulação e, ainda, contribuindo com estes mediante a utilização de pessoas interpostas e a falta de contabilização, praticaram dolosamente o crime de lavagem de dinheiro” (fls.1302 do acórdão). Ou seja, aponta – nestes casos – a existência de lavagem fundada em atos anteriores ao recebimento do dinheiro.

para utilizar expressão do Ministro Marco Aurélio, nos autos em questão, estar-se-ia “*barateando em demasia*” o fato típico da lavagem de dinheiro³⁴.

Pelo exposto, portanto, não parece que a *engrenagem financeira* pretensamente usada para colocar os valores à disposição do Consulente consubstancie ato de *lavagem de dinheiro* a ele atribuível, uma vez que o crime *anterior* aconteceu em momento distinto e *posterior*.

3. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, respondemos *negativamente* à questão formulada. Parece-nos inaplicável, no caso em tela, o tipo penal do art.1º, *caput*, da Lei 9.613/98, dado, alternativamente:

- (i) o *concurso de normas* com o crime de *corrupção passiva* (CP, art.317);
- (ii) a inexistência *objetiva* do ato de *ocultar ou dissimular*;
- (iii) a impossibilidade de caracterizar a movimentação financeira *anterior ao recebimento* como ato de *lavagem de dinheiro* de autoria do Consulente.

É o parecer, s.m.j.

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI³⁵

Professor-doutor do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São
Paulo

³⁴ Citando, por sua vez, expressão de Francisco Resek (fls.3723 do acórdão)

³⁵ A presente análise contou com a colaboração de Cláudia Vara San Juan Araújo