

idp

DIREITO E PRÁTICA:

**ANÁLISES DE CASOS NO ÂMBITO
PENAL ECONÔMICO**

ORGANIZADORES

DÉBORA MOTTA CARDOSO
RICARDO ANDRADE SAADI
ANA CECÍLIA DE OLIVEIRA BITARÃES
GÉSSICA PRISCILA ARCANJO DA SILVA

AUTORES

FELIPE PESSOA FERRO
PAULO HENRIQUE BURJACK VIEIRA
GABRIELA GUIMARÃES PEIXOTO
BRIAN ALVES PRADO
MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH



D598 Direito e prática : análises de casos no âmbito penal econômico / Organizadores: Débora Motta Cardoso; Ricardo Andrade Saadi; Ana Cecília de Oliveira Bitarães; Géssica Priscila Arcanjo da Silva. – Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, 2022.

81 p.

Inclui bibliografias.

E-book.

ISBN 978-65-87546-08-7

1. Direito Penal - Brasil. 2. Direito Penal Econômico - Brasil. I. Cardoso, Débora Motta(org.). II. Saadi, Ricardo Andrade (org.). III. Bitarães, Ana Cecília Oliveira (org.). IV. Silva, Géssica Priscila Arcanjo da (org.).

CDD: 341.5

Elaborada por Natália Bianca Mascarenhas Puricelli – CRB 1/3439

PREFÁCIO

O LLM em Direito Penal Econômico, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, não é apenas um curso de pós-graduação de excelência no qual temos a honra de ministrar aulas. É um ponto de convergência de pessoas que pesquisam com seriedade, debatem e opinam sobre temas relevantes para as ciências criminais.

Este ebook é o resultado de muito empenho e dedicação de alunos que se destacaram dentre tantos talentos que passaram por nós, e que merecidamente tiveram os seus trabalhos finais publicados, em mais uma das elogiáveis iniciativas do IDP de não apenas evidenciar o mérito de seus estudantes, como de compartilhar conhecimento.

Assim, é com profundo apreço e satisfação, que escrevemos estas breves linhas, as quais servem de apresentação para esta obra de autoria coletiva. Brian Alves Prado, articula sobre um dos temas centrais do direito penal econômico, a lavagem de dinheiro, demonstrando a incompatibilidade deste delito frente ao descaminho enquanto crime antecedente.

Na mesma temática, Marcelo Gurão Silveira Aith, discute a hipótese de a corrupção passiva ser crime antecedente à lavagem de dinheiro, provocando o leitor a pensar acerca de situações em que o exaurimento do crime antecedente é relevante para a tipificação do delito de lavagem.

Felipe Pessoa Ferro, abordando tema atualíssimo e ainda pouco explorado pela dogmática penal, escreveu sobre as transações com criptoativos e o crime de evasão de divisas apontando para o caos regulatório que, para o autor, criou uma barreira à tipicidade da conduta. Gabriela Guimarães Peixoto, por sua vez, apresentou um primoroso estudo de caso de uma das operações mais emblemáticas dos últimos tempos: a Operação Greenfield.

E por fim, Paulo Henrique Burjak Vieira, partindo de um estudo de caso concreto, analisou quais seriam os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados pelo réu para garantir a eficácia de acordo negociado entre Estados soberanos, na temática dos crimes financeiros.

Estes jovens penalistas trataram em seus artigos, de forma muito cuidadosa, temas caros ao Direito Penal Econômico, contribuindo para os estudos de uma nova forma de criminalidade, o que torna esta obra, por certo, de grande utilidade para aqueles que buscam pelo saber jurídico.

Débora Motta Cardoso
Ricardo Saadi

SUMÁRIO

Transações com criptoativos e evasão de divisas: o caos regulatório como barreira à tipicidade da conduta	5
<i>Felipe Pessoa Ferro</i>	
Extradição Brasil-Uruguai e crimes financeiros: Um estudo de caso sobre o descumprimento de acordo soberano de extradição pelo poder judiciário	19
<i>Paulo Henrique Burjack Vieira</i>	
Estudo de Caso: Operação Greenfield	31
<i>Gabriela Guimarães Peixoto</i>	
A lavagem de dinheiro e suas incompatibilidades com o descaminho enquanto crime antecedente	47
<i>Brian Alves Prado</i>	
Corrupção passiva como crime antecedente. Exaurimento com obtenção de vantagem indevida sempre configura crime de lavagem?.....	68
<i>Marcelo Gurjão Silveira Aith</i>	

Transações com criptoativos e evasão de divisas: o caos regulatório como barreira à tipicidade da conduta

Felipe Pessoa Ferro¹

RESUMO

O presente relatório executivo, promovendo revisão bibliográfica multidisciplinar da doutrina especializada, tem por objetivo expor os aspectos juridicamente relevantes das várias naturezas dos chamados “criptoativos”. Identificados tais aspectos, promove-se uma análise de exclusão sequencial, tendo por referência o ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a entender a natureza jurídica variável desses ativos para investigar se, dados os seus elementos constitutivos, é possível que haja hipótese de configuração de crime de evasão de divisas em transações com criptoativos.

PALAVRAS-CHAVE: Criptoativos; Evasão de divisas; Moeda; Trilema penal econômico; Inovação.

*Quando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí.*²

1. Panorama geral: das raízes da quarta revolução industrial ao trilema penal econômico

No início da década de 1990, Walter B. Wriston, então CEO do Citicorp, observava que a “revolução da informação”³ seria a grande responsável por uma mudança sensível nos rumos dos eventos nacionais e internacionais. Este fenômeno estaria intrinsecamente ligado a um rearranjo das lógicas de poder que se julgavam estabelecidas até o século XX, em razão da descentralização da produção de conteúdo informacional e a facilitação das interações entre os indivíduos. (WRISTON, 1994, pp. 1-15, 157-162) Na virada do milênio, essas disposições identificadas por Wriston, entre as décadas de 1980 e 1990, marcaram a mu-

¹ Chefe de Gabinete Substituto na Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia, Coordenador de Gestão e Projetos Substituto da Secretaria-Executiva do Conselho Nacional de Zonas de Processamento de Exportação e Chefe da Divisão de Desregulamentação e Competitividade do Ministério da Economia. Advogado, LLM, MBA. Tradutor. E-mail: < felipepessferro@gmail.com >

² MONTERROSO, Augusto. **Obras completas (y otros cuentos)**. Barcelona: Editorial Anagrama, 1959, p. 77.

³ Segundo o próprio Wriston, a expressão pode ser concebida como o conjunto de mudanças trazidas pelas ditas “tecnologias de informação”, quais sejam: as de comunicação, que transmitem informações; e os sistemas de computador, que as processam.

dança dos fatores que orientam a atividade econômica, bem como a produção e circulação de riqueza; argumenta-se que, de 2002 em diante, inaugurou-se uma “Era Intangível” (Intangible Age), isto é, a economia fortemente marcada por quatro fatores primários que a conduzem: (1) os ativos de conhecimento (aqueles que as pessoas conhecem e colocam em uso), (2) os ativos de colaboração (com quem as pessoas interagem para criar valor), (3) os ativos de compromisso (a energia e obrigações contraídas pelas pessoas) e (4) a qualidade do tempo (a velocidade em que o valor é criado). (FILES, 2010, pp. 35-36)

A dinâmica dos elementos apontados por Wriston e Files tomou uma nova proporção industrial a partir da “virada” da digitalização das informações, que foi impulsionada pela sofisticação da computação e, principalmente, pelo advento da rede mundial de computadores (World Wide Web), tipicamente referida apenas por Internet. Atento a essa realidade, Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, identificou o que hoje já se convencionou chamar de Quarta Revolução Industrial – ou “Indústria 4.0”, como é comumente referida nas publicações setoriais. O termo “revolução” não é aleatório; Schwab indica que as mudanças e rupturas trabalham em macroescala, com extrema rapidez – em alguns casos, pode-se até falar em “instantaneidade” – e altíssima capacidade de inovação em relação aos processos até então praticados. (SCHWAB, 2016, pp. 11-34)

Não é de se estranhar, portanto, que a grande palavra a definir o período no qual estamos vivendo é “disrupção”. Numa sociedade global cada vez mais interconectada; cada vez mais independente de mediadores e intermediários, em razão da busca pela minimização, ou até exclusão, dos custos de transação; e cada vez mais veloz em suas comunicações e trocas de bens e serviços, o próprio escopo humano de expectativa temporal foi radicalmente alterado. Até poucos anos atrás, a expressão “curto prazo”, nos negócios, poderia significar uma janela de doze meses; hoje, por outro lado, é até este final de semana. O impacto mundial da Covid-19 tornou esse escopo ainda mais estreito. Grandes empresas, caracterizadas por uma forte tendência à inércia e à conformidade em relação aos seus processos e produtos, estão sendo constantemente desafiadas – e até complementadas – pelo surgimento das startups. A dramaticidade desse cenário é sinteticamente explicada por Marco Poli: “[s]em inovação, as empresas caminham para a irrelevância e inexorável morte dos seus negócios.” (POLI, 2020)

Assim, a dita disrupção – ou seja, o rompimento, por vezes brusco, do curso normal de um processo – se tornou uma questão de sobrevivência no mercado global; em outras palavras, a disrupção, hoje, é a regra. Já se tornou comum a concepção de que as inovações disruptivas provocarão seus impactos em todos

os setores da economia; não é mais uma questão de “se”, mas de “quando”.

O setor bancário foi um dos primeiros afetados. Na esteira das múltiplas modalidades alternativas de transação em dinheiro que já se viam desde a década de 1920, com o cartão de crédito ainda em papel, a nova era bancária está sendo cada vez mais marcada pelas relações “cashless” – a saber, aquelas ancoradas em tecnologias que eliminam o uso de dinheiro em espécie. (BRUZZI, FEIGELSON, 2020, pp. 237-242) Essa transição, que pode soar altamente radical para a natureza das relações de pagamentos em dinheiro e liberação de obrigações, não é sem precedentes – observação que nos obrigará a fazer uma breve digressão, a qual ainda se revelará oportuna para o contexto geral do objeto estudado.

Analisando o contexto da introdução da moeda escritural (ou “moeda bancária”), Ulrich explica que, no contexto da adoção do padrão-ouro, e com o desenvolvimento e intensificação da divisão do trabalho, surgiu a necessidade de prestação de um tipo muito específico de serviço: a “custódia do ouro”, inicialmente a cargo dos ourives e, posteriormente, exercida pelos bancos. Isso se deu por dois fatores bastante práticos: (1) o inconveniente físico do carregamento de grandes quantidades de metal, em razão do impacto que a massa tinha na velocidade do transporte, e (2) o risco de segurança durante os traslados, com a possibilidade de perda das moedas metálicas em movimentações constantes. Para resolver isso, os bancos armazenavam fisicamente o ouro e emitiam, em favor do depositante, um certificado de armazenagem que lhe dava direito ao resgate. Pela conveniência, esses certificados passaram a circular como se ouro fossem, não havendo, pelo menos até aquele momento, qualquer alteração da oferta monetária em razão do surgimento de um substituto, uma vez que estes representavam apenas o que já existia em depósito. Os bancos passam a mudar esta realidade quando decidem operar com reservas fracionárias, mantendo sob sua custódia somente uma parte do dinheiro físico depositado e emprestam o restante, a partir de um cálculo de probabilidade do fluxo de saque e de concessão de empréstimos em relação a cada cliente. Neste cenário, o banco “cria dinheiro do nada”, pois passa a expandir crédito mediante mero registro contábil – em outras palavras: o banco credita um “depósito à vista” (passivo), que é a chamada moeda escritural, e debita um “empréstimo” (ativo). (BARBOSA, 2016, pp. 88-95) Esta prática de “criação de dinheiro” pelos bancos comerciais (privados), a partir da concessão de empréstimos independentemente de depósitos anteriormente realizados, ficou marcado menos pela gênese do papel-moeda e muito mais pela transição da função dos bancos, que deixaram de ser meros intermediários do capital para se tornarem verdadeiros indutores econômicos. (GHIRARDI, 2020, pp. 77-82)

Por isso, a influência dos bancos passou a ser crucial para o desenvolvimento das políticas monetárias e econômicas dos Estados soberanos, coordenadas a partir do surgimento dos Bancos Centrais nacionais. Assim se fundamenta uma concepção centralizadora da política monetária, na qual a emissão de moeda é uma das manifestações máximas do poder soberano estatal – fato que, historicamente, tornou os cidadãos completamente reféns das políticas monetárias internas, das quais ficam dependentes a estabilização e manutenção do poder de compra das moedas nacionais. Foi a partir da quebra da confiança geral em relação aos bancos, e particularmente em relação aos rumos das políticas monetárias estatais, que se contextualiza o surgimento das “moedas digitais” ou “criptomoedas” – as quais, para os fins deste trabalho, serão referidas exclusivamente como “criptoativos”. (BARBOSA, 2016, pp. 7-31)

A confusão que envolve a própria natureza dos criptoativos – por exemplo, o bitcoin (BTC) – em seus aspectos tecnológicos, econômicos e jurídicos, está no centro da incerteza das respostas do Judiciário em relação às controvérsias que os envolvem. Criado para eliminar a necessidade de um intermediário das transações financeiras, papel que até hoje cabe aos bancos, o BTC foi uma reação disruptiva aos impactos da Crise de 2008. A tecnologia da qual o BTC depende (blockchain), em poucas palavras, busca equiparar uma transação presencial, em dinheiro em espécie, e entre indivíduos que se conhecem, a uma a distância, sem dinheiro físico e entre indivíduos desconhecidos. Para além dos ganhos da minimização dos custos de transação, a verdadeira “chave de compreensão” do BTC e da blockchain é o fato de que essa tecnologia, ao menos em tese, tornou obsoleto o conceito de “confiança” nas transações financeiras – aspecto cuja consequência é a desnecessidade de uma autoridade central para assegurar a funcionalidade do sistema. (GHIRARDI, 2020, pp. 25-27)

Como já referido, essa mudança radical causa insegurança aos atores econômicos não só pelo processo de cognição dos elementos fundamentais dessa tecnologia, mas, principalmente, pela tutela estatal do fenômeno. Desde toscas regulamentações por equiparação – quando, no passado, não existe qualquer referencial fático ao qual se possa equiparar satisfatoriamente os criptoativos – ao banimento completo da possibilidade de se operar regularmente com criptoativos nas transações tuteladas por determinado Estado, os pontos mais sensíveis dizem respeito à resposta penal aos conflitos que envolvem BTC e ativos de natureza semelhante.

Apesar do espaço exíguo para exposição, é preciso sublinhar, mesmo que discretamente, que não se pode – e nem se deve – associar as transações com criptoativos a ações a priori criminosas, por ser não apenas uma visão taca-nha dessa nova realidade, mas, também, uma proposição ilusória – e potencial-

mente mentirosa – sobre o fenômeno. Apesar da tese doutrinária sobre configuração do crime de evasão de divisas em operações bitcoin-cabo (NUNES, 2021), é preciso partir de uma premissa de boa-fé em relação aos particulares que escolhem livremente transacionar com esses ativos, sob pena de nos tornarmos vítimas, em pleno século XXI, dos piores preconceitos neoluddistas⁴.

Retornando ao ponto, nota-se que a disrupção da lógica financeira global é, presumivelmente, acompanhada por uma adaptabilidade das condutas delitivas. Assim, nesse novo cenário de insegurança jurídica, o fenômeno dos criptoativos passou por três fases de compreensão. Primeiramente, até por consequência da popularização de expressões como “moedas digitais” e “criptomoedas” no imaginário coletivo, foram associadas ao crime de moeda falsa, previsto no artigo 289 do Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848/1940), mas a tese foi logo abandonada ante a simples constatação de que os criptoativos não poderiam ser considerados “moeda”. Demolida esta tese, logo surgiu a hipótese de que, necessariamente, estariam relacionados a esquemas de pirâmide financeira (ponzi schemes), conduta tipificada no inciso IX do art. 2º da Lei de crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951), proposta que também foi abandonada em virtude da compreensão mais lúcida da tecnologia. A última fase, contemporânea, é a denominada por “trilema penal econômico”. Em curtas palavras, o entendimento corrente é o de que as transações com criptoativos, afastado o caráter *a priori* de ilicitude, poderiam incorrer em condutas típicas previstas nos crimes de (1) evasão de divisas, (2) sonegação fiscal e/ou (3) lavagem de dinheiro. Dos três, atualmente, a doutrina, mesmo não tendo esgotado o tema, indica a improbabilidade típica dos dois primeiros e foca os esforços racionais na delimitação do terceiro. (SILVEIRA, 2020, pp. 79-100)

Feita esta não tão breve, mas necessária, introdução multidisciplinar do problema, o objetivo do presente relatório executivo é, a partir de um método de revisão bibliográfica, contribuir parcialmente para a “solução”, se possível, do trilema penal econômico. Apesar das divergências doutrinárias comuns, existe aparente consenso em relação ao fato de que a carência de regulamentação dos criptoativos, em especial quanto à sua natureza jurídica variável (BRUZZI, FEIGELSON, 2020, pp. 344-346), inviabiliza a tipificação do crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22 da Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986). Assim, busca-se demonstrar, com este trabalho, que as atu-

4 O “luddismo”, termo derivado de uma personagem fictícia de nome Ned Ludd, é uma expressão utilizada para designar a mentalidade de movimentos de trabalhadores ingleses do século XIX, durante a Revolução Industrial, que, ao protestarem contra a automatização do trabalho, invadiam fábricas e destruíam os maquinários. Em que pese a revisão histórica ainda em debate deste fenômeno, as expressões “luddismo” e “neoluddismo” são, normalmente, utilizadas de modo pejorativo para caracterizar pensamentos e ações práticas de reação ao progresso técnico, fortemente marcadas por inclinações tecnofóbicas e que buscam promover, cumulativamente ou não, agendas antiglobalização, o anarcoprimitivismo e o ambientalismo radical.

ais condições desmontam por completo o debate sobre um suposto “trilema” penal econômico; retirada hipótese de evasão de divisas do escopo, devemos focar os esforços na solução de um dilema penal econômico. Mais objetivamente: mesmo se admitindo a maior factibilidade de tipificação pelo crime de lavagem de dinheiro, a abrangência do presente sumário se limita à análise do tipo penal da evasão de divisas, haja vista o intuito de testar a racionalidade lógica do referido “trilema” por esta perspectiva.

2. Criptoativos: seus aspectos tecnológicos, econômicos e a natureza jurídica variável

Antes de procedermos à análise das elementares do tipo de evasão de divisas, é preciso entender, com maior profundidade, o que são os criptoativos em todos os seus desdobramentos, desde os tecnológicos aos econômicos, para entender como delimitar sua natureza jurídica – a qual, como indicada acima, é variável. Aliás, muito mais importante do que entender o que os criptoativos são é enxergar, com clareza, o que eles não são. A partir de um trabalho de exclusões sucessivas, é possível esquematizar e simplificar as implicações jurídicas do fenômeno.

2.1. Aspectos tecnológicos

Como ensaiado acima, os criptoativos são dependentes do sistema *blockchain*⁵, além de utilizarem encriptação assimétrica (*asymmetric encryption*) associada à prova criptográfica (*proof-of-work*) para validar as operações com suas “moedas”, bem como chaves públicas e chaves privadas para disponibilidade dos ativos posteriormente à função *hash*. (BARBOSA, 2016, pp. 32-77) Destrinchar minuciosamente cada um desses aspectos constitutivos, mesmo que conveniente a este trabalho, tornaria a empreitada academicamente inviável, de modo que se busca, aqui, apenas sublinhar o fator mais importante para análise futura da adequação penal: os criptoativos são fundamentalmente caracterizados pela “inexistência geográfica”; em outras palavras, a própria ideia de “fronteira nacional”, ou mesmo de “entrada e saída”, quando aplicada aos criptoativos, se torna irrelevante.

Por exemplo, se uma pessoa anota, com lápis ou caneta, uma chave privada em um guardanapo de papel que pegou num lanche do McDonald’s, este “código”⁶ se encontra off-line e é chamado de cold wallet; a mesma situação

⁵ O termo “blockchain” é o nome popular dado à Distributed Ledger Technology (DLT), tecnologia disruptiva que cria um sistema de transações no qual seus registros de operação não ficam concentrados nem em um corpo central e nem intermediários de “registros locais”, mas são distribuídos a todos os participantes da cadeia, que mantém uma cópia individual dos registros.

⁶ Isto é, a chave privada anotada a mão.

seria a de um arquivo .doc ou .txt, com a mesma chave privada anotada, armazenado dentro de um pen-drive. Por outro lado, se a hipotética chave privada estiver protegida por um serviço de criptografia, com o objetivo de prevenir sua apropriação ou conhecimento por terceiros, ou mesmo dentro de uma pasta de armazenamento de dados ligada à *Internet*⁷, então, ela se encontra *on-line* e é chamada de *hot wallet*. Em qualquer um desses casos descritos acima, o conceito de “localização física” dos ativos é irrelevante. Uma chave privada, anotada no bolso de uma pessoa que viaja de avião do Brasil à Hungria, não promove a movimentação de qualquer dos criptoativos que podem ser acessados por ela. Igualmente, a mesma chave, armazenada em *Dropbox*, se acessada no Brasil ou na Hungria, não promove a movimentação de qualquer ativo.

Entender essa diferença é fundamental para demolir a mentalidade de “fuga” desses ativos pela transposição de limites geográficos, como ocorre com o dinheiro em espécie guardado em malas. A intangibilidade dos criptoativos dispensa o debate sobre fronteiras.

2.2. Aspectos econômicos

O debate técnico sobre as implicações econômicas dos criptoativos, normalmente focada no BTC, é incrivelmente rico e extenso. Para os fins deste trabalho, esta seção visa, apenas, esclarecer uma questão: podem os criptoativos serem considerados “moedas”? A resposta para esta pergunta está no centro das controvérsias jurídicas atuais e é a própria razão de o *bitcoin*, pela perspectiva do Estado, ser visto como uma ameaça à soberania, e, pela perspectiva dos usuários, uma revolução tecnológica que permite a proteção patrimonial contra a ingerência do Estado e contra a perda de poder aquisitivo das moedas fiduciárias.

Milton Friedman, ao contar a história dos nativos da ilha Yap, na Micronésia, traça um paralelo entre o sentimento de perda de reservas financeiras dos nativos, a partir de uma simples marca com tinta em uma pedra, com a sensação de ameaça ao sistema financeiro americano quando o *Banque de France* pediu ao *Federal Reserve Bank* de Nova Iorque que convertesse em ouro a maior parte dos ativos em dólares que tinha nos Estados Unidos, sem a necessidade de envio físico à Europa. A perspicácia da anedota de Friedman se ancorava na lição de que, para o indivíduo, a moeda com a qual transaciona regularmente – seja ela uma pedra gigante no fundo do mar, conchas, sacas de sal, barras de ouro, euros ou dólares americanos – sempre parece “racional” e “real”, ao que outras parecem sem valor. (FRIEDMAN, 1994, pp. 17-20)

A lição se aplica perfeitamente à percepção econômica dos criptoativos. É comum considerarmos “moeda” todo bem que cumpra três funções básicas: (1)

⁷ Uma das mais comuns é o *Dropbox*.

meio de pagamento, (2) unidade de conta e (3) reserva de valor. Dessas três, a mais importante, cujo não atendimento, em tese, inviabilizaria a análise das outras duas, seria a primeira – em outras palavras, a função de intermediar trocas. É precisamente no desdobramento desta análise que as literaturas jurídica e econômica costumam variar com altos graus de subjetividade, pois, os autores, a partir do estudo do BTC, percebem de forma diferenciada o desempenho de cada uma das funções, frequentemente contradizendo uns aos outros. (STOCO, NUNES, 2021, pp. 103-107) Para os fins deste trabalho, adota-se a análise feita por Maria do Carmo Ghirardi, por duas razões que se entendem cruciais: a primeira diz respeito à sinalização da autora de que os criptoativos podem, sim, “simular” as funções tipicamente associadas à moeda fiduciária e serem economicamente consideradas moedas, atentando ao fato de que a delimitação jurídica cumpre papel essencial ao desempenho das funções (curso legal ou forçado); a segunda, por sua vez, é a constatação do fato de que, mesmo para as moedas fiduciárias, o atendimento às três funções básicas é altamente variável, notadamente em contextos hiperinflacionários, de modo que é a força jurídica que obriga esses ativos a continuarem cumprindo a função de moeda⁸. (GHIRARDI, 2020, pp. 34-56)

Portanto, para resumir a controvérsia, é fácil observar que a crescente adesão global aos criptoativos pode alçá-los, sim, ao status de “moeda”. Apesar de não ser possível creditar seu fracasso como moeda apenas ao Estado e promover uma cegueira conveniente em relação aos problemas do BTC e de outros criptoativos, os fatores regulatórios se comportam, atualmente, mais como desincentivos ao crescimento dessa tecnologia, por conta de uma tentativa de salvaguarda da soberania pelo Estado. É por esta razão jurídica⁹ que, neste trabalho, insistimos na expressão “criptoativos”, por mais que seja economicamente possível chamá-los – uns mais que outros – de “criptomoedas”.

2.3. Natureza jurídica variável

O maior desafio é, uma vez completamente afastada a possibilidade jurídica de tratar criptoativos como “moeda”, identificar a sua natureza jurídica. Como indicamos acima, o método seguirá um processo de exclusões sucessivas, prezando, primeiramente, por apontar o que os criptoativos juridicamente não são – já estando excluída, conforme visto, a hipótese de “moeda”.

Uma das primeiras – e talvez mais importante – constatações, levantada por Leandro Sarai, é a de que, nos termos do artigo 887 do Código Civil (Lei nº

⁸ A conclusão natural que se tira desta segunda razão é que o argumento que se limita às três funções básicas é insuficiente para descartar os criptoativos como moedas. Sua radicalização obriga a admissão de que moedas fiduciárias, emitidas por determinado Estado, podem deixar de ser moedas à mera conveniência social, não tendo o Estado soberano qualquer parte nisso.

⁹ Mais diretamente, pelo fato de os Estados, em sua maioria, não concederem curso forçado e nem legal aos criptoativos, fato que inviabiliza debater o fenômeno pela perspectiva de “moeda”.

10.406/2002), os criptoativos não constituem títulos de crédito de qualquer espécie. Isso porque o direito conferido a um título de crédito se vincula a um devedor, mas os criptoativos, por mais que possam ser titulados a alguém, não constituem créditos em relação a qualquer pessoa – ou seja, não há um devedor contra quem devam ser dirigidos. (BARBOSA, 2016, pp. 136-145) Apenas essa observação fundamental acerca da natureza jurídica dos *títulos de crédito* já exclui do escopo de possibilidades (1) a letra de câmbio, (2) a nota promissória, (3) o cheque e (4) a duplicata. (RAMOS, 2020, pp. 556-596)

Ainda a partir do estudo de Sarai, que vê os criptoativos cumprindo as funções econômicas das mercadorias-moeda, também não é possível entendê-los como *moeda estrangeira* sob a perspectiva da legislação vigente (Lei nº 4.131/1962), simplesmente por não atenderem a dois critérios em particular: esses ativos (1) não podem “pertencer a um país” e (2) não se submetem a alguma autoridade central. Importante notar que, se não podem ser considerados moedas estrangeiras, logo, por consequência lógica, quando um criptoativo é trocado por moeda nacional, o que ocorre é um simples contrato de compra e venda – e jamais um contrato de câmbio. (BARBOSA, 2016, pp. 164-170)

Outro problema, também levantado por Sarai, é o de que os criptoativos sequer podem ser considerados dinheiro. A exclusão desse conceito também se dá em razão da impossibilidade de os criptoativos terem execução forçada pelo Estado, ou mesmo poder liberatório. Esta observação leva à conclusão de que, não sendo *dinheiro*, o intercâmbio de um criptoativo por bens e serviços seria entabulado como contrato de troca ou permuta. (BARBOSA, 2016, pp. 170-177)

No contexto da Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976), Sarai entende que os criptoativos também não se enquadram no conceito de *ativo intangível*, uma vez que sua liquidez seria maior que a do imobilizado. Igualmente, elas jamais serviriam como *instrumentos de integralização de capital*, pois só pode ser feita em moeda corrente – e os criptoativos não são moeda. E ainda de acordo com a legislação vigente, não poderiam preencher o Patrimônio de Referência das instituições e nem se comportarem como *ativos financeiros*¹⁰, já que foram juridicamente excluídos como dinheiro, instrumento de capital próprio e, também, ficariam fora do enquadramento jurídico de contrato ou direito contratual. (BARBOSA, 2016, pp. 181-184)

Crucial à nossa análise, sendo uma das chaves de compreensão da impossibilidade da tipificação penal, é descobrir se os criptoativos podem ser considerados divisas. A doutrina, quando se debruça sobre o conteúdo do concei-

¹⁰ Complementarmente, as razões desse entendimento soam bastante acertadas, haja vista que os criptoativos não geram qualquer tipo de passivo financeiro a terceiros, já que o indivíduo que liquida suas “criptomoedas” apenas as transfere para outro. Não só isso, é possível adicionar que os criptoativos não possuem qualquer natureza obrigacional que vincule direitos e deveres entre credores e devedores. (STOCO, NUNES, 2021, p. 115)

to de “divisa”, encontra certa convergência ao defini-lo como títulos ou ativos financeiros (letras, cheques, ordens de pagamento), conversíveis em moedas estrangeiras, bem como os próprios estoques de moedas conversíveis disponíveis no país. Para algum título ou estoque de moeda ser considerado “divisa”, ele deve: (1) estar em poder de residentes no país e (2) estar devidamente contabilizado no balanço de pagamentos, sob controle do Banco Central do Brasil (BCB). (TÓRTIMA, TÓRTIMA, 2009, pp. 21-24) Em que pese a possibilidade de “conversão”¹¹ dos criptoativos em moeda estrangeira (ou nacional), é impossível designá-los como divisas, já que foram completamente excluídos das categorias conceituais de “títulos de crédito” e de “ativos financeiros”¹².

Apenas para termos um norte mínimo sobre sua natureza jurídica, os criptoativos podem ser classificados, em situações muito restritas, como valores mobiliários. Em razão do “alargamento conceitual” de valor mobiliário promovido pela inclusão do inciso IX no artigo 2º da Lei nº 6.385/1976, os criptoativos podem se comportar, circunstancialmente, como *valores mobiliários* no contexto de ICOs (*initial coin offering*), desde que: (1) o criptoativo se adeque à previsão do dispositivo acima mencionado, (2) a oferta puder ser considerada pública e (3) o emissor do criptoativo não tomar as precauções sugeridas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para evitar que a oferta seja estendida a investidores brasileiros. (BECKER, FERRARI, 2019, pp. 211-245)

3. A inadequação da natureza jurídica dos criptoativos para configuração do delito de evasão de divisas

Preliminarmente, é importante notar que já existe consenso doutrinário quanto ao desastre técnico-legislativo decorrente da edição da Lei nº 7.492/1986, a qual, inclusive em sua Exposição de Motivos, já anunciava uma pretensão – jamais cumprida – de substituição. Segundo Marina Araújo, a norma penal em questão “resiste num cenário economicamente diverso do que foi promulgada, e impõe algumas situações anômalas e com pouca segurança jurídica na aplicação do direito penal.” (SOUZA, ARAÚJO, 2019, p. 110) Dentre todos os tipos previstos na lei, o de evasão de divisas é o mais aplicado e, não sem surpresa, o mais espancado doutrinariamente. Isso porque, ainda levando em consideração sua época de edição, oriunda de uma mentalidade ditatorial, o delito cumpre função extrapenal de reforçar políticas econômicas intervencionistas. (STOCO, NUNES, 2021, pp. 107-109) Não é por acaso que o próprio Estado brasileiro, a

¹¹ Mesmo que ausente qualquer natureza cambial na operação, como demonstrado acima.

¹² Também é válido notar que a jurisprudência não tem se inclinado a alargar o conteúdo de “divisa” ante eventuais problemas regulatórios. Nesse sentido, devemos destacar o julgado do TRF-1 que fixou entendimento de não incidência do delito (evasão de divisas) na hipótese de saída ilegal de diamantes para o exterior. (ACR 200036000033096, 4º Turma, Rel. Des. Mario Cesar Ribeiro, DJ 27.10.2010. Ver também NUNES, 2017, pp. 29-33.

depende da conveniência, concede anistia do crime em situações que precisa recolher receita tributária emergencial – como se deu com a edição, e também prorrogação de prazos, do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), aprovado pela Lei nº 13.254/2016. (SOUZA, ARAÚJO, 2019, pp. 163-167)

Mais recentemente, a doutrina especializada tem promovido exaustivas ginásticas analíticas para demonstrar a atipicidade da conduta de transações com criptoativos pela perspectiva do crime de evasão de divisas. Seja pela análise do conteúdo do *caput* do artigo 22 da Lei 7.492/1986, seja pelo debate do parágrafo único, primeira e segunda partes, do mesmo dispositivo, as condutas serão atípicas seja pela (1) ausência de regulamentação específica, ou pela (2) natureza jurídica do criptoativo. (CADORIN, 2018, pp. 55-71)

Aliás, aprofundando o tema, Isabela Stoco e Pedro Henrique Nunes rejeitam a ideia de que os criptoativos, para os fins da segunda parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, possam configurar qualquer hipótese de *depósitos não declarados*. O argumento nota duas questões que, neste trabalho, já foram tangenciadas: (1) os criptoativos em geral não satisfazem o conceito de “depósito”, podendo esta questão ser mitigada a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹³, que busca alcançar como “depósito” qualquer investimento que possa ser convertido em valor monetário (dinheiro), mas, principalmente, pelo fato de que (2) por força de sua inovação tecnológica, os criptoativos são supranacionais, tornando em vários aspectos obsoleto o conceito de “fronteira nacional”, como dito acima, de modo que não se pode definir se estão depositados em um país ou outro. (STOCO, NUNES, 2021, pp. 115-118)

Como dito, o objetivo do presente trabalho era o de, mediante revisão bibliográfica especializada, e também levando em consideração a estreiteza do instrumento acadêmico em questão, promover um estudo de revisão do trilema penal econômico a partir da exclusão sucessiva dos conceitos que poderiam enquadrar o comportamento tecnológico, econômico, social e jurídico dos criptoativos. No geral, o presente relatório executivo apenas consolidou, num único espaço, investigações esparsas e multidisciplinares sobre a natureza dos criptoativos para que se fundamente a atipicidade da conduta de evasão de divisas em contexto de transações realizadas com esses ativos – logo, a fundamentação posta não é inovadora para a doutrina. Se foi possível alguma contribuição nova, que talvez destoe das já realizadas por outros estudiosos, é a própria impossibilidade de incluir – ao menos a partir das referências doutrinárias e jurisprudenciais – os criptoativos nos limites do conceito de “divisa”, de modo a excluir por completo a possibilidade de se continuar falando em “trilema” penal econômico. Uma vez fundamentada a impossibilidade absoluta – mantidas as

¹³ AREsp 774.523/SP, 5º Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 13.5.2019.

condições regulatórias atuais – de enquadramento no crime de evasão de divisas, perde-se a razão de ainda utilizar o termo “trilema”, devendo o debate gravitar em torno de um dilema penal econômico a ser resolvido – no caso, tratando dos crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro.

4. Conclusão

O presente relatório executivo tem por epígrafe um dos minicontos¹⁴ mais famosos da tradição latino-americana, de autoria do guatemalteco Augusto Monterroso, podendo ser traduzido por: “Quando despertou, o dinossauro ainda estava lá.” Esse dinossauro, deslocado no tempo, sobrevivente inoportuno daquilo que deveria tê-lo extinto, é a ainda vigente Lei nº 7.492/1986. À revelia de quantos meteoros a doutrina e as movimentações legislativas das últimas décadas tenham atirado em sua direção, o dinossauro segue firme, sem fazer ideia do porquê de ainda estar vivo e nem conseguindo justificar sua existência, restando a ele apenas um “estar aí” e arrastar consigo o custo de sua sobrevivência.

Recapitulando o exposto, o presente relatório executivo expôs:

- (i) as razões históricas, sociais, econômicas e tecnológicas do que se convencionou chamar de “Quarta Revolução Industrial”;
- (ii) a quebra da confiança dos cidadãos comuns em relação aos Estados e aos bancos em geral, abrindo espaço para o surgimento dos criptoativos;
- (iii) o contexto de tentativa de tutela penal do Estado em relação aos criptoativos em razão de sua popularização, dando origem ao “trilema penal econômico”;
- (iv) os aspectos juridicamente relevantes dos criptoativos pelas perspectivas tecnológica e econômica;
- (v) os fundamentos para exclusão dos criptoativos como parte do conteúdo dos conceitos de moeda, título de crédito, moeda estrangeira, dinheiro, ativo intangível, instrumento de integralização de capital, ativo financeiro e divisa, segundo o ordenamento jurídico;
- (vi) os fundamentos para o circunstancial enquadramento dos criptoativos como parte do conteúdo do conceito de valor mobiliário;
- (vii) os fundamentos para atipicidade de condutas relacionadas a criptoativos para configuração do crime de evasão de divisas;
- (viii) os fundamentos para a impossibilidade de enquadramento de criptoativos no conceito de depósito não declarado; e
- (ix) as razões para a necessidade de rejeição da expressão “trilema penal

¹⁴ De acordo com Massaud Moisés, o “miniconcto” encontra certa dificuldade teórica em sua classificação, mas poderia designar textos narrativos extremamente sintéticos, expressos e uma única linha. (MOISÉS, 2015, pp. 317-320)

econômico” e adoção da expressão “dilema penal econômico”.

Enfim, espera-se que a presente contribuição, apesar de muito modesta por conta de seus limites, possa fundamentar e motivar trabalhos futuros no que tange a tutela penal das condutas que fazem uso de criptoativos. Muito mais do que uma mera curiosidade acadêmica, as consequências do trabalho hermenêutico, hoje cada vez mais refém de múltiplas competências teóricas, afetam sensivelmente a segurança jurídica e, portanto, o bem-estar geral das pessoas. Mais do que nunca, cabe aos juristas especializados expor os custos de se experimentar a Indústria 4.0, cujo núcleo é a fonte das várias disrupções que vemos diariamente, e ainda conviver com esse dinossauro perdido no tempo que é a Lei nº 7.492/1986.

Referências

BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda (Coord.). **A revolução das moedas digitais – bitcoins e altcoins**: aspectos jurídicos, sociológicos, econômicos e da ciência da computação. Cotia: Revoar, 2016.

BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. **Regulação 4.0**: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em: 11.11.2021.

Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm > Acesso em: 11.11.2021.

BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno (Coords.). **Banking 4.0**: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário e de pagamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CADORIN, Mariana Marcon. **Divisas e Bitcoins**: uma análise da tipicidade do art. 22 da lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Porto Alegre: Fi, 2018.

FILES, Lawrence Burke. **Due diligence for the financial professional**. 2. ed. Arizona: Aegis Journal, 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Episódios da história monetária**. Rio de Janeiro: Record, 1994.

GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. **Criptomoedas: aspectos jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2020.

MOISÉS, Massaud. **A criação literária: poesia e prosa**. 1. ed. rev. atual. 1. reimp. São Paulo: Cultrix, 2015.

MONTERROSO, Augusto. **Obras completas (y otros cuentos)**. Barcelona: Editorial Anagrama, 1959.

NUNES, Leandro Bastos. **Evasão de divisas**. 2. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

“A utilização do bitcoin-cabo na condição de meio para configuração do crime de evasão de divisas”. Publicado em: 15.9.2021. Disponível em:
< <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/24264-a-utilizacao-do-bitcoin-cabo-na-condicao-de-meio-para-configuracao-do-crime-de-evasao-de-divisas> > Acesso em: 11.11.2021.

POLI, Marco. “Sem inovação, empresas caminham para a irrelevância”. In: **Gazeta do Povo**. Publicado em: 19.6.2020. Disponível em:
< <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/advisors/sem-inovacao-empresas-caminham-para-a-irrelevancia/> > Acesso em: 11.11.2021.

RAMOS, André Santa Cruz. **Direito Empresarial: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “‘Críptocrime’: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos”. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**. Ano 1, vol. 1, jan./mar., 2020, pp. 79-100.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). **Direito Penal Econômico: leis penais especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 1.

STOCO, Isabela Maria; NUNES, Pedro Henrique. “Criptomoedas e evasão de divisas: (a)tipicidade”. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**. Ano 2, vol. 5, jan./mar., 2021, pp. 99-121.

TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **Evasão de divisas: uma crítica ao conceito de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WRISTON, Walter Bigelow. **O crepúsculo da soberania: como a revolução da informação está transformando o nosso mundo**. São Paulo: Makron Books, 1994.

EXTRADIÇÃO BRASIL-URUGUAI E CRIMES FINANCEIROS: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O DESCUMPRIMENTO DE ACORDO SOBERANO DE EXTRADIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Paulo Henrique Burjack Vieira¹

TEMA: EXTRADIÇÃO E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

RESUMO

Investigado pela Polícia Federal na designada “Operação Arca de Noé”, o ator principal do caso foi denunciado em quatro ações criminais pelas supostas práticas de diversos crimes, destacando-se a acusação por crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Residente na República Oriental do Uruguai quando do oferecimento da denúncia, o ator principal foi extraditado por decisão do Poder Judiciário uruguaio sob a condição do Estado brasileiro não o processar pelos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, uma vez que tais fatos são atípicos na legislação uruguaia, o que atrai à espécie o Princípio da Dupla Incriminação. Anuência do Estado brasileiro com os termos da Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno, posteriormente ignorada pelo Poder Judiciário brasileiro ao não apreciar o acordo de extradição e condenar o ator principal do caso. A relevância e justificativa do tema passa por temas como soberania nacional, competência privativa do Poder Executivo, garantias constitucionais e Direitos Humanos, resultando na análise de possíveis soluções para o reconhecimento da injustiça da condenação do ator principal em desconformidade com os limites de sua extradição.

PALAVRAS-CHAVE: Extradição; Soberania; Crime financeiro; Dupla incriminação; Diplomacia.

INTRODUÇÃO

A extradição é instituto jurídico de interesse dos Estados-nações e deve ser negociada diplomaticamente entre atores soberanos (BRASIL, 2017), respeitando, em todo caso, os Direitos Humanos e as garantias constitucionais do extra-

¹ Advogado do escritório Burjack, Nunes & Vasconcelos Advogados, www.bnvadogados.com, paulo@bnvadogados.com.

ditado (MENDES et al, p. 717).

No caso em estudo vivenciado pelo autor em sua prática jurídica, o ator principal designado de forma fictícia como Conan Doyle² foi extraditado após acordo diplomático firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai, resultando no deferimento da extradição pelo Poder Judiciário uruguaio sob condições e limites inseridos expressamente na Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno, integralmente recebida e acolhida pelo Estado brasileiro.

Contudo, o Poder Judiciário brasileiro ignorou os termos da extradição para processar e condenar o ator Conan Doyle, residindo neste fato o problema que justifica a escolha do caso em razão de sua repercussão sobre o Direito Penal, Processual Penal, Constitucional, Internacional e, ainda, sobre o Direito Administrativo.

Limitada à forma e técnica do Relatório Executivo, a pesquisa tem por objetivo apresentar o caso-problema observado pelo autor ao longo da experiência profissional e, por fim, propor possíveis soluções ao imbróglio e injustiça que vitimiza o ator principal do caso, sr. Conan Doyle.

Na primeira seção do trabalho será apresentada a síntese fática do caso, dividida em subseções para facilitar a compreensão do complexo caso em estudo – o qual perpassa mais de 20 anos de lide e diversos processos e incidentes processuais. Após, apresenta-se diagrama para ilustrar visualmente o caso e, mais uma vez, facilitar sua compreensão e problemática. Ao final, são propostas possíveis alternativas para solução do caso e tecidas considerações finais.

SÍNTESE FÁTICA

FATOS ANTECEDENTES

Ao longo do primeiro trimestre do ano de 2003 foram realizados atos de investigação, constrição patrimonial e prisões temporárias e preventivas envolvendo os fatos apurados pela Polícia Federal na designada “Operação Arca de Noé”.

Como resultado destas investigações, o Ministério Público Federal apresentou quatro denúncias pelas supostas práticas dos crimes de associação criminosa, de falsidade ideológica, de receptação, de porte de arma de fogo, de crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, e de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Tais denúncias distribuídas à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso resultaram na instauração dos processos criminais nos 2001.36.00.003566-4, 2002.36.00.008183-7, 2003.36.00.007523-1 e 2003.36.00.008505-4, feitos estes em que foi determinada a prisão preventiva do principal ator do caso: o sr. Conan Doyle.

² Nome fictício que será utilizado para preservar a real identidade das partes envolvidas.

Com o auxílio da International Criminal Police Organization (Interpol), os mandados de prisão foram cumpridos em 11/04/2003 na República Oriental do Uruguai, país onde o sr. Conan Doyle matinha negócios e residência.

Preso o sr. Conan Doyle, a 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso encaminhou ofício ao Ministério da Justiça solicitando que fossem adotados os procedimentos para sua extradição, assim como a extradição de outros acusados também presos preventivamente.

CONDIÇÕES DA EXTRADIÇÃO DEFINIDAS PELO ESTADO URUGUAIO

Ante o pedido realizado pelo juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, o Ministério da Justiça instaurou o processo de extradição nº MJ 08000.015.175/2002-01 que resultou no Aviso Ministerial nº 579, de 08/05/2003, encaminhado ao Ministério de Estado das Relações Exteriores para realização dos trâmites diplomáticos junto à República Oriental do Uruguai.

Tramitando o pedido de extradição perante a Justiça uruguaia com todos os recursos e garantias à semelhança do ordenamento constitucional brasileiro, sobreveio, em 17/11/2004, a decisão de extradição proferida pelo Tribunal Penal de 2º Turno sob a relatoria do Ministro Alfredo Tedeschi, órgão colegiado competente para a primeira apreciação da extradição solicitada pelo Estado brasileiro. A decisão designada por “Sentença nº 398” deferiu a extradição do sr. Conan Doyle quanto aos processos criminais nos 2001.36.00.003566-4 e 2002.36.00.008183-7, e a negou, por unanimidade, quanto aos processos nos 2003.36.00.007523-1 e 2003.36.00.008505-4.

O argumento do Tribunal Penal de 2º Turno para negar a extradição quanto às acusações oriundas do processo nos 2003.36.00.007523-1 e 2003.36.00.008505-4 se deveu ao único fundamento de que não estaria atendido o princípio da dupla incriminação (princípio de la doble incriminación), uma vez que os fatos imputados ao sr. Conan Doyle naqueles autos não seriam qualificados como delitos pela legislação uruguaia, que os considera meros atos preparatórios e não tipo penal autônomo: “esses delitos antecedentes não configuram delito na legislação uruguaia, e, portanto, sendo o delito de lavagem de ativos uma figura que depende de um delito antecedente, não existe dupla identidade a respeito” (Anexo I a este Relatório Executivo).

Submetida a Sentença nº 398 do Tribunal Penal de 2º Turno a revisão pela Suprema Corte de Justicia uruguaia, foi ela reformada apenas quanto à extradição relacionada ao processo nº 2003.36.00.007523-1, mantendo-se íntegra a vedação de extradição quanto ao processo nº 2003.36.00.008505-4.

Definitiva e irrecorrível a decisão denegatória de extradição do sr. Conan Doyle quanto ao processo nº 2003.36.00.008505-4, prosseguiram-se os trâmites diplomáticos junto ao Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil para extradição quanto aos demais processos criminais nos nºs 2001.36.00.003566-4, 2002.36.00.008183-7 e 2003.36.00.007523-1.

ACEITE PELO ESTADO BRASILEIRO DAS CONDIÇÕES DA EXTRADIÇÃO

Decididas as condições de extradição do sr. Conan Doyle, o Poder Judiciário uruguaio editou a Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno, assinada pelo Juez Letrado Juiz Ricardo Vernazza e endereçada ao juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso. A Resolución nº 994/2005 comunicou a autorização de extradição do sr. Conan Doyle ao Estado brasileiro para ser processado pelos fatos constantes dos autos nos nº 2001.36.00.003566-4, 2002.36.00.008183-7 e 2003.36.00.007523-1, e, expressamente, informou que foi denegada a extradição quanto ao processo nº 2003.36.00.008505-4 nos termos da Sentença nº 398 do Tribunal Penal de 2º Turno uruguaio, mantida, neste aspecto, pela Sentença nº 200 da Suprema Corte de Justicia uruguaia (Anexo II a este Relatório Executivo):

Informar que se ha negado la extradición de los ciudadanos brasileños Conan Doyle, (nome omitido) y del ciudadano uruguayo (nome omitido), solicitado por esa Sede em el proceso nº 2003.36.00008505-4, por entender que el delito de lavado de dinero se circunscribe a fondos provenientes de delito contra el sistema financiero, y em la legislación penal uruguaya no existe el delito de lavado de dinero, bienes o valores, provenientes de ilícitos cometidos contra el orden tributario de la nación.

Ato contínuo no mesmo dia 17/10/2005, o bureau de crimes financeiros da International Criminal Police Organization (FIN/INTERPOL) de Montevideu encaminhou a sua unidade de Brasília o seguinte e-mail comunicando os termos da extradição do sr. Conan Doyle, enfatizando a não concessão da extradição quanto ao processo nº 2003.36.00.008505-4 segundo determinado pela Resolución nº 994/2005.

Dias após, em 19/10/2005, a Embaixada do Brasil em Montevideu comunicou à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça acerca da Resolución nº 994/2005 e, também, comunicou o Ministério das Relações Exteriores acerca do conhecimento e ciência das autoridades judiciárias sobre o conteúdo da Resolución nº 994/2005, enfatizando que “as autoridades judiciais brasileiras estão cientes do inteiro teor da Resolução nº 994/2005” (Anexo III a este Relatório Executivo).

No dia seguinte, 20/10/2005, o Ministerio de Relaciones Exteriores do Uruguay, por meio do Embaixador Uruguaio, comunicou a Suprema Corte de Justicia uruguaia acerca da ciência das autoridades judiciais brasileiras quanto ao teor da Resolución nº 994/2005, finalizando-se, sob tais condições, o processo de extradição nº MJ 08000.015.175/2002-01 com o retorno do sr. Conan Doyle ao Brasil.

DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA EXTRADIÇÃO

Nesse ínterim de eventos enquanto tramitava o processo de extradição nº MJ 08000.015.175/2002-01, em 16/12/2003 o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso condenou o sr. Conan Doyle nos autos do processo nº 2003.36.00.008505-4 pelas práticas de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigos 16 e 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 de forma continuada) e de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º, VI e VII, parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98), tudo em associação e organização criminosa (Art. 288 do Código Penal c/c Lei nº 9.034/95). O somatório da pena chegou a 37 (trinta e sete) anos de reclusão, além do perdimento de bens e multa.

Mediante apelação criminal, o processo nº 2003.36.00.008505-4 foi remetido à 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que manteve a condenação e desconsiderou a existência da Resolución nº 994, de 17/10/2005, e a existência do compromisso diplomático do Estado brasileiro em respeitar a decisão do Poder Judiciário da República Oriental do Uruguai, sequer mencionando-a em seu aresto.

Ainda nos autos do processo nº 2003.36.00.008505-4, o sr. Conan Doyle interpôs o REsp 1.111.537/MT distribuído à 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Naturalmente, porém, o recurso especial não foi conhecido porque a apreciação do tema da denegação da extradição importaria em supressão das instâncias ordinárias, e, por tal óbice processual, o tema da denegação da extradição sequer foi enfrentado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Ignorado, desse modo e em um primeiro momento, o acordo de extradição durante a fase de conhecimento do processo nº 2003.36.00.008505-4.

Encerrada a fase de conhecimento do processo nº 2003.36.00.008505-4, iniciou-se a fase de execução da pena e, com fulcro no Art. 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais, o sr. Conan Doyle apresentou argumentos de descumprimento dos termos da sua extradição realizada pela Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno. Porém e novamente sem enfrentar o tema da denegação da extradição pelo Estado uruguaio, mais uma vez a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região se manteve silente quanto à existência da Resolución nº 994/2005.

Ignorado, desse modo e em um segundo momento, o acordo de extradição durante a fase de execução do processo nº 2003.36.00.008505-4.

O sr. Conan Doyle propôs, então, ação de revisão criminal autuada sob o nº 0044266-48.2016.4.01.0000 perante a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual não foi conhecida ao fundamento de que não se enquadraria dentro das hipóteses de cabimento previstas no Art. 621 do Código de Processo Penal. Face a esta decisão, interpôs o habeas corpus HC 681.490/MT distribuído à 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sob a relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, igualmente não conhecido por entender que, na espécie, não caberia o ajuizamento de ação de revisão criminal.

Ignorado, desse modo e em um terceiro momento, o acordo de extradição

durante a excepcional fase de revisão do processo nº 2003.36.00.008505-4.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS EXCEPCIONAIS PARA GARANTIR VIGÊNCIA AO ACORDO DE EXTRADIÇÃO PENAL

Encerrados os instrumentos processuais ordinários para garantir vigência ao acordo de extradição iniciado pelo Estado brasileiro ao instaurar o processo de extradição nº MJ 08000.015.175/2002-01 e encerrado pelo Estado uruguaio ao editar a Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno, restou ao sr. Conan Doyle a adoção de instrumentos extraordinários e excepcionais para proteger seu direito à não extradição quanto às acusações constantes do processo nº 2003.36.00.008505-4.

A partir desse momento fático-processual a estratégia de defesa se adaptou às limitações processuais descritas – em uma mão, a ação penal transitada em julgado; em outra mão, ação penal não mais sujeita à revisão criminal.

Considerando a natureza de ordem pública à questão do descumprimento do acordo de extradição celebrado entre estados nacionais soberanos, a defesa técnica propôs novo habeas corpus sob o nº HC 694.531/MT, também junto à 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, para atacar a coação ilícita de ambos os acórdãos de mérito prolatados pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ou seja, aquele primeiro acórdão prolatado na fase de conhecimento e aqueloutro acórdão prolatado durante a fase de execução da pena.

Uma vez mais, porém, o HC 694.531/MT não foi conhecido ao fundamento de que se limitava a reproduzir argumentos do pretérito HC 681.490/MT proposto em desfavor de acórdão da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região prolatado em revisão criminal.

Nesse quadro fático-processual onde o tema da validade do acordo de extradição entre os Estados brasileiro e uruguaio sequer foi apreciado em razão de óbices meramente instrumentais, não obstante ser matéria de ordem pública sujeita a conhecimento ex officio, o presente caso assume relevância.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

O compromisso de extradição em matéria criminal celebrado entre os Estados brasileiro e uruguaio tem por fundamento não apenas os fatos descritos que resultaram na Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno, como também tem por fundamento normativo o “Tratado de Extradición entre Brasil e Uruguai” promulgado pelo Decreto nº 13.414, de 15/01/1919, e o Acordo de Extradición entre os Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 4.975, de 30/01/2004.

O tema em discussão no caso em estudo, portanto, diz respeito a possibilidade ou impossibilidade de Estado nacional soberano descumprir voluntariamente tratado e acordo internacional de extradição em matéria criminal. O caso também permite discutir se a decisão do Poder Judiciário está limitada e condi-

cionada aos termos do acordo de extradição negociado diplomaticamente pelo Poder Executivo.

Per si, tais temas demonstram a relevância do caso em estudo, que interliga o Direito Penal e Processual Penal a aspectos de Direito Constitucional, de Direito Internacional e, ainda, de Direito Administrativo porque entendido o Direito, na concepção de Niklas Luhmann, como um sistema social composto por tudo aquilo que não seja o seu entorno e que se comunique em um processo autorreferencial (NUNES NETO, 2017, p. 14). A esta concepção ampla de sistema, soma-se a conceituação específica de sistema processual penal como o “subsistema ou sistemas parciais dos sistemas jurídicos, que se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento” (ANDRADE, 2013, p. 41). De forma multidisciplinar, ainda se interrelaciona o caso em estudo com a Ciência Política e Teoria Geral do Estado, notadamente com os conceitos de soberania e Estado.

Segundo Adriano Gianturco, o conceito de soberania remonta à obra *Six Books of the Republic* do jurista francês Jean Bodin, que o define como algo inerente à natureza do Estado, absoluta, perpétua e indivisível (2020, p. 106). Por sua vez, Dalmo Dallari define o Estado sob duplo viés: politicamente, é o ente que tem a “função de coordenar os grupos e os indivíduos em vista de fins a serem atingidos, impondo a escola dos meios adequados” (2002, p. 129); juridicamente, por seu turno, o Estado é “a unidade de um sistema jurídico que tem em si mesmo o próprio centro autônomo e que é possuidor da suprema qualidade de pessoa” (DEL VECCHIO apud DALLARI, 2002, p. 117).

A partir de tais conceitos comuns às ciências jurídica e política, a solução desse imbróglio passa pela redação do Item 1 do Artigo 14 do Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, que preceitua que “a pessoa entregue não será detida, julgada nem condenada, no território do estado parte requerente, por outros delitos cometidos previamente à data de solicitação da extradição, e não contidos nesta.” (BRASIL, 2014).

Em linha com o §2º do Art. 5º da Constituição da República, a norma de Direito Internacional fixa verdadeiro Direito Fundamental a se somar ao catálogo do Art. 5º da Constituição da República, porquanto dispor sobre a liberdade do indivíduo e ser esta um “valor importante para a realização do ser humano” (ROTHENBURG, 2014, p. 41). A plena aplicação e máxima eficácia de norma de Direito Internacional que disponha acerca da liberdade do indivíduo é, desse modo, desdobramento do fundamento constitucional da dignidade humana previsto no inciso III do Art. 1º da Constituição da República, a qual “visualiza os direitos fundamentais em estreita conexão com a dignidade humana” (DUQUE, 2014, p. 57). No mesmo sentido sobre a dignidade humana:

Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária, com fortes raízes germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de metaprincípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2013, p. 300)

Em obra de referência sobre a interpretação dos Direitos Fundamentais, Christine Oliveira Peter da Silva esclarece que as “liberdades costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva” (2005, p. 77), enfatizando, portanto, a natureza procedimental da defesa das liberdades. A esta natureza jurídica imputável ao Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul pode se aderir, ainda, a condição de verdadeira garantia constitucional porque “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos” (CANOTILHO apud MORAES, 2009, p. 30).

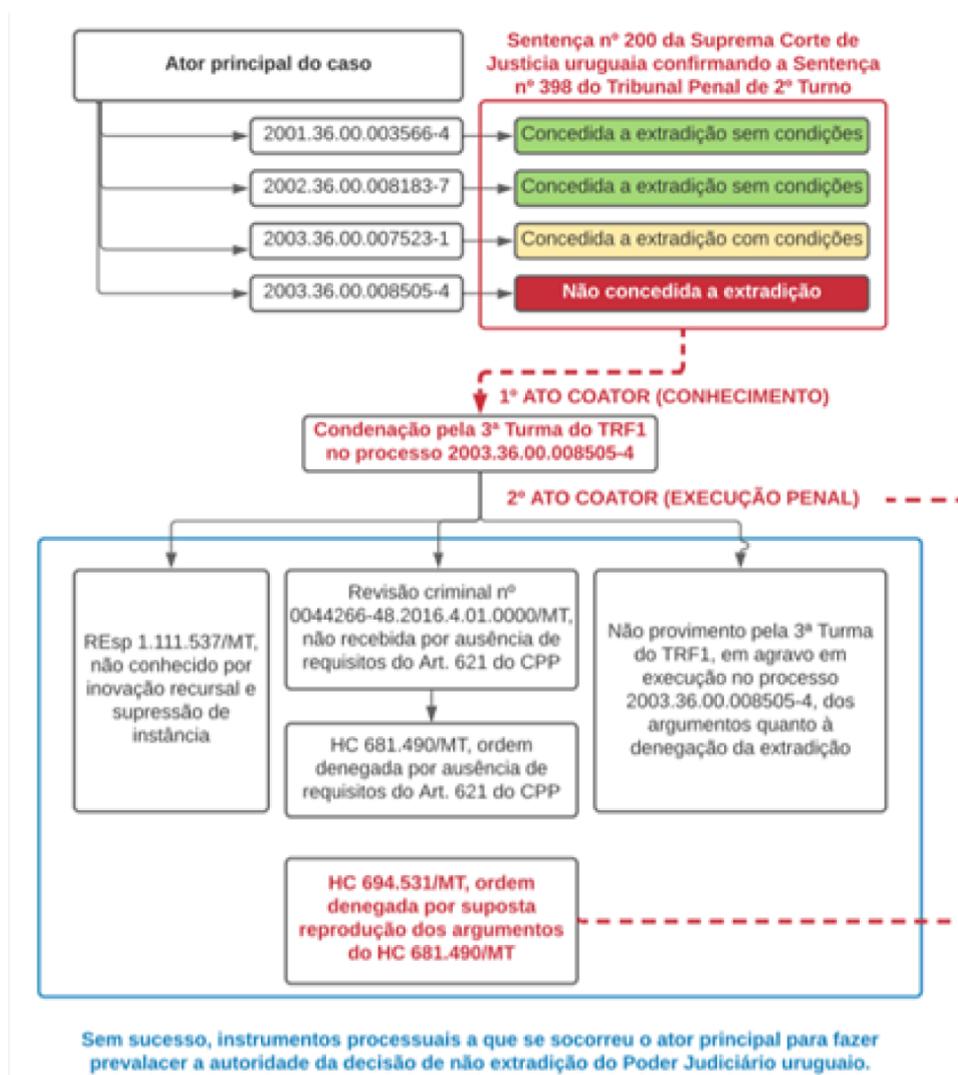
Sob esse viés das garantias individuais, a abrangência e o âmbito de aplicação do Princípio da Dupla Incriminação e do Princípio da Especialidade norteiam a discussão e permitem questionar se o ator Conan Doyle é parte com pretensão legítima a fazer valer os termos do acordo de extradicação entre os Estados soberanos.

Também justificam a escolha do caso a possibilidade de analisar aspectos jurídicos da omissão do Poder Judiciário brasileiro ao ignorar os termos e condições da extradicação autorizada pela Resolución nº 994/2005 em razão de aspectos meramente processuais, assim como também se tornam razões relevantes ao estudo a análise da responsabilidade pela inércia e omissão do Poder Executivo em fazer cumprir o acordo de extradicação – notadamente por meio dos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores. Sendo reconhecido que “decidir a respeito da conveniência da concessão de extradicação não é função própria do Judiciário” (MIRANDA, 2010, p. 104), não é de sua competência, a contrario sensu e por imperativo lógico, recusar os termos de extradicação negociada pelo Estado brasileiro.

A partir dos marcos teóricos propostos, a situação-problema observada no caso em estudo e que o justifica como objeto de estudo se resume a seguinte questão: quais instrumentos jurídicos podem ser utilizados pelo réu para garantir a eficácia de acordo de extradicação negociado entre Estados soberanos?

DIAGRAMA DOS ATORES

Apresenta-se o seguinte diagrama do caso e do principal ator envolvido, contendo as peças-chaves para pesquisa e execução de soluções:



PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

A descrição do caso demonstrou que não mais existem instrumentos processuais ordinários para assegurar o cumprimento dos termos da extradição em matéria penal deferido pelo Estado uruguaio ao editar a Resolución nº 994/2005 do Juzgado Letrado de Primera Instancia en Lo Penal de 12º Turno após requerimento diplomático do Estado brasileiro nos autos do processo de extradição nº MJ 08000.015.175/2002-01.

Entretanto e por se tratar de questão de ordem pública não apreciada nos autos do processo nº 2003.36.00.008505-4, nem tampouco nos autos da revisão criminal nº 0044266-48.2016.4.01.0000 ou nos autos dos habeas corpus nos 681.490/MT e 694.531/MT, é certo que o Poder Judiciário não pode se furtar a sua análise (MARINONI, 2014, p. 240).

A primeira alternativa para garantir o cumprimento da Resolución nº 994/2005 passa, portanto, pela interposição de novo habeas corpus perante o

Supremo Tribunal Federal reconhecer ex officio a ilicitude da coação à liberdade do sr. Conan Doyle, anulando a sua condenação proferida nos autos do processo nº 2003.36.00.008505-4 porque em desacordo com os limites da extradição autorizada pelo Estado uruguaio.

Definido como “garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo” (MORAES, 2009, p. 125), o habeas corpus é o instrumento processual adequado à espécie e encontra previsão constitucional no inciso LXVIII do Art. 5º da Constituição da República. Cuida-se de “remédio de Direito Processual Constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção” (SANTANA; FÖPPEL, 2006, p. 13).

Como segunda alternativa, há possibilidade de representação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) com competência para receber representação de indivíduos vítimas de violação a seus direitos humanos e garantias constitucionais, conforme dispõe o Art. 23 de seu Regulamento (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009).

Embora esta segunda solução seja morosa e menos efetiva de imediato – a Comissão reúne-se apenas uma vez por semestre –, deve ser considerada em caso de insucesso da primeira solução adotada junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como terceira alternativa para garantir o cumprimento da Resolución nº 994/2005, ainda há a possibilidade de representação administrativa aos Ministros da Justiça e das Relações Exteriores, autoridades a quem compete garantir a eficácia e respeito aos acordos diplomáticos negociados entre o Estado brasileiro e qualquer outra nação. Trata-se, portanto, do exercício do Direito de Petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, assegurado pela alínea “a” do inciso XXXIV do Art. 5º da Constituição da República, e conceituado como “instrumento de defesa não jurisdicional de direitos e interesses gerais ou coletivos” (MENDES et al., 2006/2007, p. 541).

A terceira possível alternativa de solução para o caso parte do reconhecimento de que o Poder Judiciário invadiu competência diplomática privativa do Poder Executivo enquanto representante do Estado-nação, maculando o Princípio da Separação de Poderes.

Ainda no que tange à terceira alternativa proposta, eventual omissão do Poder Executivo ao apreciar a representação administrativa em voga poderia ser objeto de mandado de segurança perante alguma das turmas não criminais do Superior Tribunal de Justiça, que se veria obrigada a analisar a questão de fundo ainda não apreciada pelo Poder Judiciário em razão do Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos, segundo o qual “não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados” (MELLO, 2005, p. 108).

Por fim e não menos relevante, o caso em estudo coloca em evidência o problema do descumprimento de acordo de extradição pelo Poder Judiciário, e pode

servir como justificativa a criação de remédio constitucional ou instrumento processual próprio para tais casos. Naturalmente, esta quarta alternativa proposta necessitaria de alteração normativa de natureza legal ou constitucional a depender do modelo definido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do caso em estudo se justificou em razão da importância do tema que envolve grave violação a Direitos Humanos e garantias constitucionais, e teve por objetivo principal apresentar possíveis alternativas ao seguinte situação-problema: quais instrumentos jurídicos podem ser utilizados pelo réu para garantir a eficácia de acordo de extradição negociado entre Estados soberanos?

Chegou-se a três conclusões que possam indicar soluções instrumentais excepcionais a partir da premissa de que o tema jurídico de fundo se trata de questão de ordem pública e, portanto, conhecível de ofício, ainda que transitada em julgado a condenação criminal; chegou-se, ainda, a quarta solução que demandaria alteração legislativa com o objetivo de criar remédio constitucional ou instrumento processual próprio em casos de desconsideração de acordo de extradição por parte do Poder Judiciário.

Todo o estudo foi marcado por limitações iminentes ao próprio formato diminuto do trabalho acadêmico em formato de Relatório Executivo, certamente mais propositivo de hipóteses e menos conclusivo em assertivas categóricas. Contudo e sob este espectro objetivo, o problema apresentado sugere futuros estudos, pesquisas e proposições.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed, Editora Juruá, Curitiba, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 1ed, Saraiva, São Paulo, 2005.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

Decreto nº 13.414, 1919. Promulga o Tratado de Extradição de Criminosos, entre a República dos Estados Unidos do Brasil e a República Oriental do Uruguay, assignado no Rio de Janeiro a 27 de dezembro de 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D13414.html>. Acesso em: 09 Nov. 2021.

Decreto nº 4.975, 2004. Promulga o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4975.htm>. Acesso em: 09 Nov. 2021.

Decreto-Lei nº 2.848, 1940. Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

Decreto-Lei nº 3.689, 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

Lei nº 7.492, 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

Lei nº 8.137, 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

Lei nº 9.613, 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 23ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 5ed, JusPodium, Salvador, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica.** 5ed. Editora Almedina, São Paulo, 2020.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 8ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

MIRANDA, Neemias Carvalho. Extradicação: decisões contraditórias no Supremo Tribunal Federal. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24ed, Editora Atlas, São Paulo, 2009.

NUNES NETO, Miguel Rodrigues. **Sobre direitos fundamentais e o Estado.** Revista Prática Jurídica, v. 85, p. 10-11, 2009.

Desobediência Civil e Estabilidade Sistêmica: A Teoria da Justiça de John Rawls como procedimento ignitor para a ressignificação dos sistemas jurídicos. Disponível em:

<<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2248>>. Acesso em: 28 fev 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Regulamento da**

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009. Disponível em:

<<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/regulamentocidh2013.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2021.

SANTANA, Rafeel; FÖPPEL, Gamil. **Habeas corpus.** In: DIDIER, Fredie (Org.). Ações Constitucionais. Editora Podium, Salvador, 2006, p. 5-44.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais.** Editora Brasília Jurídica, Brasília, 2005.

ESTUDO DE CASO: OPERAÇÃO GREENFIELD.

Gabriela Guimarães Peixoto¹

TEMA: PROBLEMAS DE IMPUTAÇÃO DO DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA, ELEMENTAR NORMATIVA DO TIPO “TEMERIDADE” (TAXATIVIDADE PENAL) E CONTRIBUIÇÃO PENALMENTE RELEVANTE DO ACUSADO.

RESUMO

O presente estudo de caso tem por escopo analisar criticamente uma das denúncias apresentadas pelo Ministério Público na Operação Greenfield, especificamente quanto ao crime de gestão temerária, desde a perspectiva da imputação objetiva e da contribuição penalmente relevante do acusado. Diante do caso concreto, analisa-se o standard de tipicidade do crime de gestão temerária em conjunção com a necessidade de se apontar a norma técnica tida por violada no comportamento descrito como temerário. Em seguida, faz-se a individualização das condutas imputadas, em sua forma comissiva ou omissiva, para ao final tomar uma posição acerca da possibilidade de comissão do crime de gestão temerária sob uma roupagem omissiva imprópria. Ao final, apresenta-se os desafios inerentes à imputação do delito de gestão temerária, propondo-se um ponto de partida para alcançar sua total compreensão.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão temerária; instituição financeira; direito penal econômico.

INTRODUÇÃO

A Operação Greenfield investiga, em síntese, aportes realizados por determinados Fundos de Pensão em alguns segmentos de ativos que, por sua própria natureza, distanciam-se de modelos tradicionais de investimentos e alocações de recursos, sejam eles pela aquisição acionária de quotas de alguma empresa, pela participação em FIPs, pela compra de cédulas de crédito bancário, debêntures ou, ainda, de quotas de FIDCs.

¹ Advogada, gabriela@peixotobernardes.adv.br.

Por ser uma operação extensa, o Parquet dividiu cada investimento realizado em uma ação penal própria e, em função disso, é impraticável que se descreva os pormenores de cada uma neste trabalho. No entanto, é possível traçar um contexto comum a todas que permite a compreensão do seu pano de fundo e extrair o debate que se propõe a partir de uma delas.

De uma forma geral, assim, o interesse público nessa operação seria substanciado pelo fato de que ela investiga investimentos formalizados por Fundos de Pensão – e, por conseguinte, com o patrimônio de seus contribuintes – que teriam gerado prejuízo para as instituições financeiras. O prejuízo é uma possibilidade inerente ao próprio risco do mercado, é verdade, mas o problema é que, de acordo com a narrativa veiculada nas respectivas denúncias, as tratativas que antecederam a assinatura dos acordos teriam sido irregulares, desrespeitando os protocolos internos de cada fundo, de modo que a escolha de investir também seria em si irregular.

Isso poderia ser provado, por exemplo, a partir de critérios que suas diretorias de análises técnicas teriam deixado de observar ao estudar os possíveis investimentos a serem realizados, de uma “sobreprecificação” dos créditos a serem adquiridos ou, ainda, de verdadeiras fraudes que teriam motivado as transações realizadas.

Ao final das investigações, o Ministério Público ofereceu denúncias contra os presidentes dos fundos investidores, os membros de suas diretorias executivas, eventuais integrantes de comitês votantes que teriam aprovado os aportes e, em alguns casos, os administradores das empresas que receberam o investimento, imputando-lhes os delitos de gestão fraudulenta e/ou temerária (art. 4^ª, caput e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86²).

Esse é o panorama geral da operação, apesar de eventuais exceções.

Na hipótese aqui escolhida como parâmetro de estudo de caso (APn nº 1029181-82.2019.4.01.34000³, em trâmite perante a 10^ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal), tem-se mais uma das pretensões acusatórias que se lançam sobre determinado aporte dito criminoso pela assunção excessiva de risco (gestão temerária). Nele, o contexto fático é o seguinte: a PETROS, enquanto Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC), aprovou a realização de investimento no FIP Global Equity Properties (FIP GEP), o qual tinha por objetivo aplicar recursos em empreendimentos imobiliários. Nesse movimento, enxergou o MPF a prática de gestão temerária, dado que não teria observado deveres de diligência, rentabilidade, segurança e liquidez.

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) funciona da seguinte forma: um grupo de investidores reúne determinada divisa para juntos inserirem o capital no mesmo local. Esse lócus é gerido por um terceiro (gestor/adminis-

² Dentre as acusações presentes em cada ação penal, é possível que também se encontre os crimes de apropriação indébita na modalidade desvio (art. 5^º, caput, da Lei nº 7.492/86), corrupção passiva e ativa, etc. Os delitos que incidem em maior quantidade, contudo, são os de gestão fraudulenta e temerária, daí porque também são eles o foco do presente trabalho.

³ Trata-se de processo público, que não tramita em segredo de justiça, cuja íntegra pode ser acessada no PJE. A denúncia em estudo encontra-se no ID 135509390.

trador do fundo), responsável por escolher em quais investimentos o dinheiro coletivo será colocado. De tempos em tempos (determinado previamente por regras estatutárias), os gestores prestam contas aos investidores de suas condutas administrativas, escolhas e resultados.

Neste caso em específico, ao passo em que Ministério Público denunciou os membros da empresa administradora por gestão fraudulenta, já que eles teriam forjado documentos e mantido os membros dos Fundos de Pensão em erro, também denunciou os integrantes das EFPCs por gestão temerária porque considerou a decisão de aprovar o investimento em si imprudente e excessivamente arriscada. Seria, por isso mesmo, delitiva.

Ao fazê-lo, contudo – e na contramão da jurisprudência dos Tribunais Superiores –, deixou de narrar qualquer violação a uma norma técnica que demonstrasse a temeridade do negócio. Em verdade, deixou até mesmo de indicar qualquer conduta concreta e penalmente relevante por parte dos dirigentes dos Fundos de Pensão. É a partir dessa fragilidade, então, que se propõe o debate do presente estudo de caso, ou seja, os limites e as elementares implícitas do tipo do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, cuja inobservância implica – principalmente em um contexto de uma organização empresarial complexa, a exemplo dos Fundos de Pensão investigados – a inépcia de qualquer inicial acusatória.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

De forma sintética, o maior problema do delito de gestão temerária reside na vagueza de sua redação excessivamente aberta⁴. Por ser um delito não material, a sua consumação dispensa a ocorrência de um resultado e, justamente porque a sua delimitação típica não traz nenhum parâmetro concreto, demonstrar a sua prática é algo que onera qualquer denúncia com uma grande carga analítica.

Com isso em mente, também no bojo da Operação Greenfield – e julgando um writ impetrado com fins de trancar procedimentos investigativos que tramitavam em desfavor do Ministro Paulo Guedes – o em. Desembargador Federal Ney Bello bem pontuou alguns elementos necessários para a sua configuração, verbis:

A gestão temerária não é aquela gestão arriscada, aquela atitude de mercado que objetivando ganhos arrisca praticar atos heterodoxos. O mercado financeiro é sempre arriscado e impõe atitudes claras em atos de vanguarda – naturalmente perigosos – quando o objetivo é o ganho. Para a configuração da gestão temerária, é necessário em primeiro lugar a prática de ato para além da normalidade, com largo espectro de heterodoxia que traga, em si,

⁴ Exatamente por isso, há quem sustente a inconstitucionalidade do crime de gestão temerária. Por todos, cite-se a posição de Marina Pinhão Coelho Araújo (SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho

a pecha de destempero e incorreção. Obviamente o critério é a racionalidade do próprio sistema. É o conjunto das práticas razoáveis – e o seu contrário – que dá azo à constatação de que tal ato foi temerário ou não (TRF-1, HC nº 1025449-74.2020.4.01.0000, Rel. Des. Ney Bello, julgamento em 14/08/2020).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no mesmo sentido, com ênfase para a necessidade de se recorrer a regras específicas veiculadas por órgãos como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários para constatar a ocorrência do delito (cf. REsp nº 1.613.260/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 09/08/2016). Trata-se, por isso, de um raciocínio que se comunica com a ideia de uma norma penal em branco, necessitando de uma complementação normativa para que possa surtir efeitos no mundo jurídico.

Ao se considerar que gerir temerariamente é assumir um risco excessivo dolosamente, o apontamento da norma violada cumpre o papel de consubstanciar a tipicidade objetiva. A posição da doutrina e jurisprudência deixa claro que a imposição de uma vinculação do comportamento tido por criminoso com a indicação concreta de uma técnica violada é imperativa no controle da abstração imposta pela redação do tipo.

Ter isso em mente é importante porque o conteúdo do injusto penal de gestão temerária deve seguir, com fins de evitar que se faça algum juízo interpretativo, um parâmetro efetivamente objetivo. Noutras palavras, a ideia do que é temerário na gestão, enquanto cerne da proibição penal, não pode ficar sujeito ao arbítrio subjetivo dos órgãos de acusação. Não se trata do que eles poderiam tomar por temerário, mas do que – de acordo com o cenário normativo que rege o setor – pode ser considerado objetivamente como tomada excessiva de risco no gerenciamento de instituição financeira. Esse é o *standard* da tipicidade.

Nesse sentido, posiciona-se a doutrina de Luciano Feldens:

(...) ante a vagueza da redação do tipo, já houve robusto pronunciamento acerca de sua inconstitucionalidade, por ofensa ao mandado constitucional de determinação taxativa (art. 5º, inciso XXIX, da CF/88). A nosso ver, a única maneira de salvar o delito passaria por compreender que a ilicitude penal está, no caso, estritamente vinculada às diretrizes fixadas pela autoridade administrativa no gerenciamento do potencial do risco admitido na gestão de uma instituição financeira. Haveremos, assim, de vislumbrar a elementar temerária como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico, sobretudo porque traduz uma valoração negativa de conduta que, antes de pertencer ao mundo do Direito, assenta-se como tal no âmbito do mercado financeiro.

(FELDENS, Luciano. Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira: Contornos Identificadores do Tipo. In: VILARDI, Celso; RAHAL, Flavia; e Neto, Theodoro Dias. Crimes financeiros e correlatos, p. 103 e seguintes).

Corroborar esse pensamento o Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal, *verbis*:

O crime de gestão temerária de instituição financeira exige a demonstração da violação das regras e parâmetros objetivos de gerenciamento de riscos e limites operacionais na administração, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, instituídos pelas autoridades de regulação do sistema financeiro nacional.

Ademais, não é suficiente descrever os requisitos do tipo formal. É preciso indicar a contribuição penalmente relevante do acusado, notadamente nos delitos especiais que só podem ser praticados por quem detenha determinadas atribuições fiduciárias exigidas pelo tipo.

Na ausência de um resultado naturalístico que demarque a consumação do delito, a análise da temeridade de uma gestão sobreleva o desvalor da ação em detrimento do resultado e, precisamente por isso, é preciso que o Ministério Público aponte uma conduta concreta praticada pelo agente. Se o comportamento seria por si mesmo criminoso, é necessário que se delimite qual seria esse comportamento. Não de modo genérico e tampouco de forma desvinculada das atribuições estatutárias que são devidas do acusado, mas sim a partir da exposição de uma conduta efetiva e penalmente relevante.

Caso contrário, estar-se-ia diante de uma clara responsabilidade objetiva. Para evitá-la, então, é preciso que o órgão de acusação traga os elementos probatórios da convicção firmada que o acusado concorreu para o crime. Dito de outra forma, os elementos de convicção acerca da contribuição penalmente relevante do agente precisam ser trazidos na exordial.

A Operação *Greenfield* se insere em uma discussão interessante nesse sentido porque, para além do fato de investigar um crime cuja construção narrativa exige um cuidado mais amplo, ela trabalha com a hipótese da sua prática dentro de estruturas burocráticas complexas, quais sejam, os Fundos de Pensão.

Dessa constatação, exurgem alguns desafios próprios da natureza de crimes coletivos cometidos no âmbito empresarial, notadamente quanto à questão da individualização dos comportamentos de cada acusado. Afinal, dentro de uma organização com múltiplos funcionários e diretorias, é difícil definir – ainda que esse seja um ônus do qual os órgãos de acusação não podem se desincumbir – quem exatamente teria incorrido em algum delito e como o teria feito.

É verdade que os Tribunais Superiores já consignaram entendimento no sentido de que, em casos assim, a pormenorização dos detalhes fáticos de um desiderato poderia ser realizada ao final da instrução processual (cf. RHC nº 122.717-AgR-PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgamento em 19/05/2020), mas permanece o problema quanto ao que seria o núcleo básico de uma denúncia para que, ao narrar um entrecho criminoso, não seja considerada inepta.

A resposta para isso é a contextualização de qual teria sido a contribuição do acusado para o crime. Não apenas de modo isolado, mas em diálogo com os seus deveres institucionais, se determinada obrigação estaria inserta em suas atribuições estatutárias, se o agir do agente desbordaria de suas limitações regimentais ou não.

Isso fica ainda mais claro na doutrina de Luís Greco e Alaor Leite, *verbis*:

A imputação de responsabilidade penal individual no interior de organizações empresariais coloca o Direito Penal diante de importantes desafios, que têm sido objeto de atenção da ciência jurídica. A engrenagem complexa de organizações com administração dual, a relação entre controladoras e subsidiárias, o escalonado fluxo informacional existente entre as variadas instâncias e os seus respectivos fragmentados processos decisórios conduzem à tentação de imputar responsabilidade penal individual com base na posição ocupada pelo sujeito dentro da organização. Essa forma de responsabilização é inadmissível, como demonstraremos. É preciso encontrar o equilíbrio entre dois extremos: o nível de complexidade da organização concreta não pode, de um lado, significar uma isenção completa de responsabilidade de sua cúpula – gerando a chamada “irresponsabilidade organizada” –, mas, de outro, não pode conduzir a uma responsabilidade penal por detenção de posição. Essas dificuldades encontram tradução processual nas exigências dirigidas à Denúncia. O termo médio situa-se entre um excessivo rigorismo quanto às exigências e uma completa desoneração argumentativa. Da Denúncia deve constar, como requisito mínimo, a estrutura básica da imputação de determinado tipo penal.

c) Nos casos dos delitos especiais, que podem ser praticados apenas por sujeitos que detêm determinadas atribuições funcionais exigidas pelo tipo, é preciso descrever com precisão a estrutura organizacional e a conduta de cada um – se atuou como autor, se como partícipe.

A análise das características essenciais da organização concreta se divide em dois planos, um formal, outro material, que devem ser analisados cumulativamente: no plano formal, é essencial observar as regras legais a que está submetida aquela forma de sociedade empresária (por exemplo, sociedades anônimas, regidas pela L. 6.404/76) e também as regras estatutárias existentes que regulam as atribuições de cada sujeito; no plano material, é necessário observar se, a despeito de não existir previsão legal ou estatutária, o sujeito assumiu faticamente a responsabilidade por determinado negócio, atuação ou tomada de decisão, ou se, ao contrário, haveria inclusive inviabilidade fática de que o sujeito interviesse no negócio em questão. Os âmbitos formal e material de atribuições de um sujeito, de um lado, determinam, e, de outro, limitam o seu âmbito de responsabilidade. Sem essa determinação não é possível atribuir responsabilidade penal (Parecer dos professores Drs. Luís Greco e Alaor Leite encartado nos autos do HC nº 1008667-89.2020.4.01.0000, diante do eg. TRF-1).

Nesse contexto, percebe-se o mister que a acusação deve cumprir na exposição suficiente do fato criminoso tanto para a configuração da tipicidade formal quanto para a descrição da contribuição penalmente relevante do acusado (imputação do tipo objetivo), especialmente em delitos que, como dito, reclamam certas atribuições funcionais exigidas pelo tipo penal.

Sem dúvida, adimplir esse dever demanda mais do órgão ministerial em condutas que – tal como nos casos da Operação *Greenfield* – são praticadas no contexto da atividade empresarial. Contudo, isso não pode servir de justificativa para ações penais sejam instauradas de forma deficitária e para que se prejudique o exercício da defesa. E essa é a questão: a exposição limitada, seja da tipicidade formal seja da contribuição penalmente relevante, constitui inépcia da denúncia à medida que prejudica a compreensão dos fatos e obsta o exercício da defesa.

Por tudo, o que é realmente esperado dos órgãos de acusação é que delimitem, no bojo da denúncia, exatamente do que se trata o processo. Devem fixar-lhe o objeto, possibilitando a determinação das futuras provas a serem produzidas e viabilizando o direito de defesa.

Aplicando esse debate ao caso concreto, sem adentrar em questões de mérito ou minúcias dos detalhes fáticos, é fácil perceber como os desafios do correto enquadramento e imputação do delito de gestão temerária ocorreram na prática. É esse o verdadeiro propósito deste trabalho de estudo de caso.

Para tanto, primeiro cabe destacar que, dentre todos os casos que compõem a denominada Operação *Greenfield*, escolheu-se a ação penal referente ao investimento do FIP Global Equity porque ele descreve, ao contrário de outros processos, tão somente o delito do art. 4º, p.ú, da Lei nº 7.492/86. Ademais, o seu

objeto de fundo é relativamente simples quando comparado aos demais, permitindo que possa ser discutido de forma mais enxuta.

Relembrando o caso em concreto, o que ensejou a instauração da ação penal nº 1029181-82.2019.4.01.34000 foi a escolha da PETROS, enquanto um Fundo de Pensão – e, portanto, uma instituição financeira –, de investir no Fundo de Investimento em Participação *Global Equity Properties* (FIP GEP). Esse fundo tinha o propósito de atuar no ramo imobiliário, aplicando em Sociedades de Propósito Específico (SPEs) cujo objeto social tivessem pertinência com esse fim.

Ao final, esse investimento ocasionou um grande prejuízo para a PETROS, mas o Ministério Público não imputou esse fato aos seus dirigentes. Ao contrário, o Parquet reconheceu que a empresa gestora do fundo cometeu uma série de fraudes e atos irregulares na administração das verbas, inclusive mantendo – em desrespeito ao seu dever de prestação de contas – as instituições investidoras em erro. Disse, portanto, que grande parte desse fracasso comercial decorreu da conduta das pessoas que compunham essa empresa.

De toda sorte, alguns membros dos quadros de funcionários da PETROS foram denunciados mesmo assim porque o MPF considerou que a própria decisão do Fundo de Pensão em alocar reservas no FIP GEP seria temerária. De acordo com a construção acusatória, o motivo para tanto seria que os integrantes de sua Diretoria Executiva e do seu Comitê de Investimentos teriam decidido aprovar a operação sem que a proposta tivesse sido analisada pelos órgãos técnicos da organização e sem que eles se atentassem a requisitos básicos de transparência, prudência e segurança do investimento. Por tudo, instaurou ação penal em desfavor de todos que tiveram papel decisório ou aconselhador no trâmite do processo.

Pois bem. Já que a escoreita tipificação objetiva do crime de gestão temerária se desdobra tanto na necessidade de se apontar uma norma técnica violada (em conjugação com o raciocínio de uma norma penal em branco) quanto no dever de indicar uma conduta concreta e penalmente relevante por parte dos acusados, é a partir desses dois pontos que este estudo debaterá as principais características e fragilidades do tipo em questão.

Tratando do primeiro ponto, a exposição de uma conduta que assume um risco excessivo de gestão de instituição financeira só se verifica da “*violação de deveres extrapenais*”, pois, “*Se é verdade que o risco é ínsito à atividade das instituições financeiras, os seus limites são estabelecidos normativamente*” (todos recortes do voto dirigente no REsp nº 1.613.260/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 09/08/2016).

Como dito, é preciso que haja uma descrição concreta e clara por parte do Ministério Público na denúncia acerca de qual foi a norma técnica violada pelo comportamento descrito como temerário, já que só seria excessivo aquele risco que não é aceito pelos deveres extrapenais formados pelo conjunto normativo específico.

E essa exposição, cabe ressaltar, deve ser feita na própria denúncia, sob pena de obstar a defesa e o juízo de compreender a conduta tida como delitiva.

Ademais, deve trazer a indicação de normas concretas e não apenas a violação de deveres genéricos. Trata-se daquilo que Luís Greco e Alaor Leite disseram compor o plano formal da face jurídica da justa causa, devendo haver a demonstração do descumprimento de alguma regra legal (normas editadas pelo CMN, Banco Central do Brasil e CVM) ou eventual regra estatutária.

No caso concreto, o Ministério Público apontou 3 (três) normas técnicas que teriam sido violadas com a aprovação do investimento no âmbito da PETROS: o Manual de Investimentos de 2006, a Resolução CMN nº 3.456/07 e a Resolução CMN nº 3.792/09. Contudo, ao menos do ponto de vista formal, apenas o primeiro foi citado de forma válida.

As duas resoluções do Conselho Monetário Nacional discorrem sobre deveres gerais de transparência, prudência, segurança do investimento e diligência. Contudo, não fica claro, da exposição da denúncia, de que forma esses deveres gerais teriam sido violados. Em outras palavras, a referências às normas técnicas, nesse caso, é genérica e, por conseguinte, inidônea. Era necessário explicar o que cada um dos acusados teria feito para vulnerar esses critérios, mas isso não foi feito.

Resta, então, a pretensa violação ao Manual de Investimento de 2006. No ponto, houve sim uma indicação concreta, já que se falou que o diagnóstico de risco feito pelas diretorias técnicas da PETROS teriam violado dispositivos internos da instituição.

Superado o primeiro ponto, é preciso observar se houve descrição da contribuição dos acusados para a violação do Manual de Investimentos na aferição deficiente dos riscos do aporte. Dito de outro modo, o tipo objetivo poderia lhes ser imputado? Se sim, a título de quê?

Ensina a doutrina qualificada, *verbis*:

Em face de membros de CA [Conselho da Administração], como é o caso do Consulente, a Denúncia deveria, portanto, enunciar as atribuições formais ou as assunções materiais do Consulente – eis que todos os delitos são especiais –, suas ações concretas realizadoras de tipos penais ou a violação de um dever concreto de agir em posição de garantidor (art. 13, §2º CP), ou, ainda, descrever todos os elementos de uma punição como partícipe, tais como a existência de um fato principal antijurídico (art. 31 CP) que tenha sido facilitado ou fomentado por contribuições concretas (Parecer dos professores Drs. Luís Greco e Alaor Leite encartado nos autos do HC nº 1008667-89.2020.4.01.0000 diante do eg. TRF-1).

A construção acusatória vai no sentido de que as diretorias internas da PETROS responsáveis pela análise técnica que embasa a decisão pelo aporte ou não cometeram alguns deslizes e não se atentaram a alguns fatos relevantes para a definição dos riscos da operação. Por isso, fala que a análise foi deficitária e que todos aqueles que se embasaram nela para aprovar o investimento, já

que não fizeram objeções ao dossiê que lhes havia sido apresentado, teriam se omitido de algumas diligências básicas. Esse o caso, o que se deve verificar é se houve na denúncia a descrição das circunstâncias necessárias para configurar a contribuição penalmente relevante dos acusados.

Ao fazer esse exame, constata-se que a resposta para essa pergunta é não.

Com efeito, em se considerando que a organização interna da instituição financeira conta com uma diretoria própria responsável por esse exame mais técnico, a conclusão que se chega é que o órgão ministerial trabalha com uma lógica de responsabilização penal objetiva solidária, na qual todos seriam responsáveis pela aprovação do investimento diante de uma falha prévia na análise de risco que foi realizada por um departamento específico. Esse é um raciocínio inadmissível nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores (cf. HC nº 291.623/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti, julgamento em 07/02/2019).

O maior problema, como se disse, é que a Operação *Greenfield* se debruça não apenas sobre um crime cuja demonstração exige um trabalho mais cuidadoso, mas também na sua ocorrência no bojo de estruturas organizacionais complexas. Disso, surgem algumas dificuldades naturais quanto à individualização das condutas de cada agente envolvido que, para serem burladas, são resolvidas pelo Ministério Público a partir de uma responsabilização solidária e hierarquizada, ou seja, com uma culpabilização generalizada que atribui, em grande medida, condutas praticadas por funcionários hierarquicamente inferiores a membros da alta cúpula, gerentes operacionais ou quaisquer outros empregados hierarquicamente superiores.

Todos os membros da Diretoria Executiva – órgão máximo da PETROS, responsável pela aprovar realmente os projetos de investimento – foram denunciados por termos idênticos. Os integrantes do Comitê de Investimentos (COMIN) – órgão assessor, responsável por aconselhar a Diretoria Executiva no ponto –, embora tenham sido denunciados por atos distintos daqueles praticados pelo primeiro órgão, também foram culpabilizados por atos exatamente iguais. Aqui, pode-se extrair uma responsabilidade penal solidária, na qual comportamentos concretos e individualizados são dissolvidos em um entrecho geral.

Além disso, culpabilizaram-se os membros da Diretoria Executiva por atos praticados pelo Comitê de Investimentos e pelo departamento responsável pela análise técnica do investimento (aliás, é importante notar que ninguém desse departamento consta no polo passivo da ação penal em comento). Aqui, então, é possível notar a responsabilização do superior por atos praticados por seus subordinados.

A crítica que se faz isso é que a descrição objetiva de supostas impropriedades em determinado departamento da PETROS não tem o condão, por si mesma, de indicar temeridade das demais diretorias sob pena de incidir em responsabilidade penal objetiva. Para tanto, seria necessária a descrição de uma contribuição penalmente relevante dos acusados que permitisse lhes imputar o tipo objetivo.

O feito ainda não foi sentenciado, então é cedo para fazer um juízo analítico sobre a verdadeira ocorrência de um erro por parte da gerência técnica da instituição ao analisar os riscos do investimento. Contudo, mesmo que isso se confirme, há de se destacar que não basta eventual erro dessa gerência técnica para dizer que os membros das demais diretorias que aconselharam e/ou decidiram pela aprovação do investimento com base no dossiê por ela elaborado teriam contribuído para a tomada de uma decisão atécnica, penalmente temerária.

Qualquer pensamento em sentido contrário levaria à conclusão de que haveria uma responsabilidade penal solidária ou por fatos de terceiros, na qual o prospectivo erro de um departamento comunica-se aos demais membros da entidade financeira. Ao se levar em conta que a responsabilidade pela análise de risco da operação era de um órgão específico, fala-se que ela só se comunicaria a outras diretorias se se houvesse descrito essa comunicabilidade concretamente na denúncia, mas isso não feito.

Por todos esses pontos, o que se pode apontar é que a relação da análise de risco tomada como incorreta pelo órgão ministerial e as condutas de cada denunciado foi presumida a partir de um dado objetivo e não de um comportamento. Não se trata do que cada um fez, mas sim de quem eles eram. Diante disso, cabe aqui a crítica feita por Luís Greco no sentido de ser comum, em casos assim, que funcionários de maior escalão sejam culpabilizados por atitudes “neutras”, tais como nomear pessoas e tomar decisões imanentes às suas respectivas funções.

A solução dada por esse mesmo autor, então, é que deve ser exigido da denúncia uma subsunção clara de comportamentos – nunca de posições – ao tipo penal descrito. E mais, o Ministério Público deve indicar de forma clara como esse comportamento se insere no desiderato criminoso, se se deu de forma comissiva ou omissiva, como autor ou partícipe. Tudo para demonstrar a ocorrência do delito em todas as suas elementares.

Diante dessa exigência – e já caminhando para o final desta análise –, é possível perceber, então, as últimas falhas na construção ministerial da denúncia. Imputou-se a todos os acusados o delito de gestão temerária, o qual estaria consubstanciado no ato de cada um de ter decidido e/ou recomendado, a depender do órgão no qual estava inserido, a proposta de investimento. Como dito, a lógica acusatória parte do pressuposto de que a análise técnica feita pelo departamento responsável não teria passado por alguns pontos-chave, de modo que todos que se manifestaram favoravelmente sobre o dossiê apresentado teriam se omitido em seus respectivos deveres de diligência de exigir um exame mais aprofundado.

Pois bem, trazendo a exigência de Luís Greco ao caso, algumas questões são importantes de serem discutidas. Decidir/aconselhar a favor da aceitação da proposta de investimento indica uma conduta comissiva, enquanto a

5 GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 107.

omissão de determinados deveres de diligência consubstanciaria uma conduta omissiva imprópria.

Sobre a acusação de decidir ou aconselhar a favor da proposta de investimento, tem-se que isso não é um crime por si. Só passa a sê-lo quando isso é feito de forma temerária, através de assunções conscientes de riscos excessivos que são aferidos da violação concreta e objetiva de normas técnicas que regem a atuação da instituição financeira.

De fato, fala-se que houve uma violação do Manual de Investimentos da instituição. Esse ponto foi abordado anteriormente. Contudo, não houve exposição sobre como esse equívoco – consciente ou não – comunicar-se-ia com um comportamento comissivo ou omissivo dos acusados. Ao que tudo indica, pretendeu-se extrair essa comunicabilidade apenas do dado objetivo de, à época dos fatos, os denunciados integrarem a Diretoria Executiva ou o Comitê de Investimentos da entidade. O que não se admite no ordenamento sob pena de configurar responsabilização penal solidária.

Sobre a acusação de os denunciados terem se absterido em seus deveres de diligência quanto às análises técnicas do investimento, tem-se que isso seria uma espécie de omissão imprópria. Aqui, há um debate interessante.

A doutrina mais atualizada defende ser impossível a prática de um crime por omissão imprópria na ausência de um resultado. O pensamento é que o agente deve ter a capacidade de agir com êxito para evitar ou, ao menos, diminuir o perigo ao qual o bem jurídico está sujeito. Na ausência de um resultado, não há como afirmar se determinada conduta (ou abstenção, como agora se analisa) teria alguma causalidade com a sua ocorrência.

Nesse sentido, o que torna o debate em torno do delito de gestão temerária interessante é que a doutrina ainda não é pacífica quanto à sua natureza, se ele é um crime formal – e, portanto, com o potencial de produzir um resultado, ainda que prescindível para a sua consumação – ou se é um crime de mera conduta. Em se considerando essa ambivalência em sua categorização, surgem algumas possibilidades distintas.

Para aqueles que defendem que o tipo do art. 4º, p.ú., da Lei nº 7.492/86, é formal, tem-se que o fracasso comercial do investimento no FIP GEP seria o resultado do tipo. Não enquanto elementar, mas sim na figura do exaurimento da conduta. Seria válido, se se pensar por essa ótica, que os agentes denunciados na Operação Greenfield teriam a obrigação fática de agir para evitá-lo, mas o problema no qual a denúncia esbarra é que ela não narrou esse dever de obrigação. Tampouco narrou qual seria a conduta esperada dos acusados e de que forma ela poderia influenciar na evitação do resultado.

Por tudo, a maior questão por trás da falta de uma descrição específica da omissão típica seria a constatação de que os fatos narrados na denúncia não eram de atribuição fiduciária dos acusados. Se o problema de fato estava na análise técnica realizada por um departamento específico da instituição financeira, não se poderia cogitar – principalmente à luz do princípio da confiança – culpabilizar outras diretorias por esse equívoco. Caso não se narre haver uma

circunstância clara que devesse ter chamado a atenção dos indivíduos para um problema em potencial, não há como se esperar que eles tivessem agido diferente.

Para aqueles que se filiam à posição de que se trata de um crime de mera conduta, por sua vez, o fracasso comercial do investimento evidentemente não teria qualquer influência na demarcação da hipótese criminal. Aliás, o fato de alguns aportes investigados em outras ações penais da Operação *Greenfield* terem sido superavitários corrobora isso. Por esse viés, então, o problema da construção ministerial na imputação do tipo de gestão temerária é que delitos dessa natureza verdadeiramente não se compatibilizam com a ideia de uma omissão imprópria.

O ponto que mais confirma essa ideia é que não haveria na redação do tipo a perspectiva de transformação de perigo criado pela conduta do agente em dano na materialização de um resultado típico. No art. 4º, p.ú, da Lei nº 7.492/86, fala-se que nunca se passaria da etapa da criação do perigo por limitação da descrição da norma penal. É por isso que, também por essa perspectiva, o estudo do caso concreto demonstra outra particularidade inerente à imputação do tipo de gestão temerária cuja fragilidade deve ser observada pelos órgãos de acusação.

Por fim, há ainda o fato de o delito em questão ser um crime de perigo abstrato e isso, de acordo com a doutrina de Pierpaolo Bottini Cruz, impede a sua prática na modalidade omissiva por comissão, *verbis*:

Nos tipos penais de *ação determinada*, o legislador especifica a forma de conduta desvalorada, podendo ou não prever a realização de um resultado lesivo como elemento do tipo penal. Caso preveja, se trata de *crimes de resultado lesivo com ação determinada*. Caso não preveja, está-se diante de *crimes de perigo abstrato*. A nosso ver, ambos são delitos de *resultado*. No primeiro caso, além da conduta específica, o legislador exige a constatação de um *resultado naturalístico*. (...) Já nos crimes de perigo abstrato, a materialidade típica também exige um *resultado*, mas não de ordem *naturalística*. É necessária, neste caso, a verificação da periculosidade do comportamento, do risco potencial de afetação de bens jurídicos, que também é um resultado, embora não lesivo sob a ótica física. (...) A questão é identificar se, nesses casos, o comportamento omissivo pode ser compreendido como típico. E a resposta parece estar na própria descrição legal. Se a conduta prevista comportar – em seu sentido literal e expreso – uma *omissão*, a inatividade será típica, existindo um *crime omissivo impróprio*.

(...) Por outro lado, se o comportamento descrito não compreender a conduta *omissiva*, não há forma de imputação do resultado à omissão. As cláusulas gerais de equiparação do Código brasileiro impõem um dever de *evitar o resultado* e legitimam sua *imputação*, mas não admitem ter por equivalentes comportamentos positivos praticados de forma *determinada*, uma vez que sua realização por omissão não se faz possível. Nesses casos, ou bem a omissão é atípica, ou o garante será responsabilizado por outro tipo penal que comporte a omissão, a não ser que exista um vínculo subjetivo que caracteriza o *concurso de agentes* (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 141-142).

Por tudo, o ponto que se quis discutir neste estudo de caso gira em torno dos problemas de imputação de gestão temerária. Por estar descrito na forma de uma redação excessivamente aberta – há quem diga que, justamente por isso, seria inconstitucional –, a imputação do tipo do art. 4º, p.ú., da Lei nº 7.492/86, traz consigo alguns desafios que, acaso descumpridos, acarretam em uma precariedade da denúncia e denotam uma fragilidade de construções acusatórias que porventura se sustentem em seus fundamentos.

O caso escolhido para retratar isso o fez sob múltiplos aspectos e, conquanto se tenha feito um juízo mais voltado aos aspectos da tipicidade objetiva do delito em detrimento da subjetiva, aponta-se que todos os elementos abordados congregam na indicação de que a acusação veiculada na ação penal aqui analisada falhou em vários dos seus deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito, a imputação do delito de gestão temerária, muito por conta da forma como o tipo foi redigido, passa por vários elementos estruturais básicos cujo cumprimento ainda é difícil – e, muitas vezes, ignorado – por parte dos órgãos de acusação. Isso se desdobra em vários aspectos dogmáticos que precisam ser efetivamente narrados em uma inicial para que ela não seja considerada inepta, mas que, como o caso escolhido no presente estudo demonstra, são frequentemente desconsiderados (ou propositalmente burlados) quando do oferecimento de uma denúncia.

A despeito do prolongamento do debate que aqui foi feito, é possível resumir esses elementos básicos em 2 (dois) eixos principais: a indicação de uma norma técnica violada e o apontamento de uma contribuição penalmente relevante por parte dos acusados.

O primeiro ponto trata da necessidade, já que a redação do tipo não especifica como se daria a consumação do tipo, de o Ministério Público apontar uma norma técnica que o agente teria descumprido e que teria o condão, portanto, de demonstrar a temeridade de um negócio. Essa norma pode ser tanto de or-

dem interna – caso o indivíduo tenha descumprido algum regimento estatutário – quanto externa – caso tenha violado alguma disposição normativa dos órgãos que regulam o setor –, mas precisa necessariamente estar descrita na exordial acusatória.

Isso é uma consequência do raciocínio de uma norma penal em branco: o oferecimento de uma denúncia sem a norma complementadora acarreta, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na sua inépcia (cf. HC nº 370.972/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgamento em 22/11/2016).

Se cumprido esse primeiro ponto – o caso aqui narrado o cumpriu –, a segunda questão a ser observada é se o *Parquet* tratou de indicar uma norma concreta praticada pelo agente e de que forma ela se amoldaria ao tipo penal. Deve-se apontar se o delito foi praticado por um comportamento comissivo ou omissivo, explicar se o agente seria autor ou partícipe e demonstrar, na hipótese de o crime ter sido cometido no âmbito de uma estrutura burocrática complexa, como a sua conduta se inseriria no rol de atribuições do indivíduo. São elementos que oneram a denúncia com uma carga analítica mais densa, mas que compõem o núcleo básico de qualquer pretensão acusatória que se encaixe nesse contexto.

A Operação *Greenfield* retrata bem esses pontos porque a atuação ministerial foi similar em grande parte das ações penais que a integram, tendo apresentado uma narrativa deficitária na demonstração da ocorrência do delito. No caso escolhido aqui, isso não foi diferente.

Até houve indicação de uma norma técnica violada, mas não a efetiva narração de condutas singulares individualmente atribuídas aos acusados. Em verdade, o contexto criminoso foi abstratamente imputado a todas as pessoas, tanto por uma questão de responsabilidade solidária quanto por outra de responsabilização por atos de terceiros (atos que, aliás, quando descritos sob uma roupagem omissiva imprópria, nem poderiam ter o condão de indicar temeridade, já que o tipo não comporta essa modalidade).

Ao final, espera-se terem ficado evidenciados – o caso escolhido serviu a esse propósito – os desafios inerentes à imputação do delito de gestão temerária. O debate que poderia ser extraído do caso concreto vai além da tipicidade objetiva do delito, mas os pontos aqui abordados já trazem uma discussão cuja pertinência integra a prática jurídica atual e que consubstancia um bom ponto de partida para a sua total compreensão.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

CARUSO, Tiago. **Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1.ed. São

Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. **A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas.** In: Coleção 80 anos do Código Penal: volume I – parte geral. REALE JUNIOR, Miguel. MOURA, Maria Thereza de Assis. 1.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FELDENS, Luciano. **Gestão Fraudulenta e Temerária de Instituição Financeira: Contornos Identificadores do Tipo.** In: VILLARDI, Celso; RAHAL, Flávia; e NETO, Theodomiro Dias. Direito Penal Econômico: Crimes Financeiros e Correlatos. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação.** 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luis. **Dolo e gestão temerária.** Boletim IBCCRIM nº 229.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer acerca da denúncia oferecida contra Ricardo Leal, enquanto presidente do BRB, encartado nos autos do HC nº 1008667-89.2020.4.01.0000, diante do TRF-1.

GRECO, Luís. **Problemas de Causalidade e Imputação Objetiva nos Crimes Omissivos Impróprios.** 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal: Lições Fundamentais.** 6.ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2021.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7.429, de 16.6.86.** 2.ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

ROCHA, Renan. **A relação de causalidade no direito penal.** 1.ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2017.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **El delito de omisión: concepto e sistema.** 2.ed. Montevideo. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2020.

SCHUNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). **Direito Penal Econômico: leis penais especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

**A LAVAGEM DE DINHEIRO E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM O DESCAMINHO EN-
QUANTO CRIME ANTECEDENTE**

Brian Alves Prado¹

RESUMO

O presente relatório executivo analisa a possibilidade, ou não, de o crime de descaminho funcionar enquanto crime anterior ao delito de lavagem de dinheiro, especialmente sob a perspectiva de geração de produto ilícito com a prática do crime fiscal. O estudo se deu a partir da leitura de lei, de jurisprudência e de doutrina sobre a temática tratada. A ideia, assim, foi examinar o crime de lavagem de dinheiro a fim de que, momento seguinte, as inovações sugeridas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional e acolhidas pela Lei nº. 12.683/2012 estivessem sob enfoque, máxime em relação aos crimes fiscais. O ponto central, todavia, foi discorrer sobre a impossibilidade de particularmente o crime de descaminho figurar enquanto infração penal antecedente à de lavagem de dinheiro, à míngua de geração de produto ilícito com sua prática. A análise também abrangeu a especificidade do descaminho, que recebe tratamento diferenciado dos operadores do direito, malgrado, na essência, constitua mais um dos crimes fiscais existentes no ordenamento jurídico pátrio. O trabalho, desta forma, abordou temas como a classificação do crime de descaminho, a aplicação do princípio da insignificância, a necessidade de constituição de crédito tributário para a ocorrência do ilícito e a legislação que regula a atuação dos órgãos fiscais até a comunicação do fato ao Ministério Público. Os objetivos do trabalho foram: conceituar o crime de lavagem de dinheiro, compreendendo a partir de que forma o tipo penal se consuma, bem assim estudar o delito de descaminho, suas particularidades conceituais e práticas, em especial quanto à geração – ou não – de produto com a prática da infração, para que análise conjugada dos crimes financeiro e fiscal evidencie a possibilidade ou não de o descaminho se acomodar enquanto antecedente à reciclagem de valores. A partir do cotejo de normas, assim, chega-se à conclusão de que, apesar de haver movimento internacional pela admissão de crimes tributários como crimes anteriores e de no Brasil o crime de descaminho ser historicamente classificado como crime contra a administração pública, a conduta de descaminhar não produz ativos

¹ Advogado, especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, www.donatibarbosa.adv.br, prado@donatibarbosa.adv.br.

ilícitos e, mesmo que se reconheça a geração de lucro indireto, a legislação e a jurisprudência brasileiras dificultam a aplicação conjunta das normas, sendo recomendável que os poderes constituídos se debrucem sobre o tema, máxime quanto ao delito fiscal, que, apesar de a Lei nº. 13.008/2014 ter o atualizado, ainda não possui interpretação estável.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de dinheiro; crime antecedente; descaminho; incompatibilidade.

INTRODUÇÃO:

O Direito Penal tem assumido protagonismo nas relações humanas, cada vez mais alçadas ao judiciário como fonte de soluções, conquanto paradoxalmente também haja firme descrença com as decisões emanadas da justiça brasileira. De toda sorte, dúvidas não há de que, com o corrente expansionismo, mais condutas têm sido tuteladas pelo Poder Público, que as tipifica.

Tem-se, assim, que o almejado caráter fragmentário do Direito Penal tem sucumbido à crescente litigiosidade de uma sociedade cada vez menos fraterna, sobretudo quando somado a um Poder Legislativo carente de atores técnicos, porque mais preocupados com discursos populistas, a partir dos quais se atraem votos para pleitos subsequentes. Nesse cenário, ações ou omissões que poderiam ser resolvidas com a intervenção de outras esferas terminam por ser tuteladas pela justiça criminal, gradativamente mais sobrecarregada e punitiva.

Feito o registro, a ausência de recolhimento de impostos tem recebido atenção do legislador desde antes da República, malgrado desde então se discuta a forma mais recomendável de o Estado cobrar o contribuinte por valores não recolhidos. A extinção do processo – inclusive quando já transitada em julgada a ação penal –, por exemplo, avulta para a hipótese de que o âmbito administrativo, preservado o ideal de intervenção mínima, seria o mais indicado para tutelar tais interesses, especialmente porque – quando não é o credor – o Estado proíbe a prisão por dívida.

Lado outro, o crime de lavagem de dinheiro tem sido corriqueiramente alvo de atenção doutrinária e jurisprudencial, notadamente em razão de sua indispensabilidade no combate às organizações criminosas. É que o curso da história evidenciou que neutralizar os numerários utilizados pelos grandes grupos se revela mais importante do que prender os próprios líderes, ou, mesmo, do que apreender eventual matéria prima, ambos facilmente renováveis. Não por outro motivo, aliás, não há outra ação humana que tem sido foco de tanto debate e estudo – ao menos na última década –, a justificar que estudos complementares do tipo penal sejam produzidos.

Ademais, enquanto efeito da globalização – em crescimento exponencial –, produtos são diariamente importados e exportados, inclusive não mais apenas pelas grandes empresas, mas também por consumidores que, individualmente, veem no estrangeiro condições mais vantajosas. Daí, pois, a escolha do crime de descaminho enquanto conduta a ser dissecada sob a perspectiva de

se acomodar, ou não, enquanto antecedente à reciclagem de ativos.

O tema, contudo, ganhou contornos mais significativos a partir da reunião do Grupo de Ação Financeira Internacional, em 2012, quando se recomendou a extinção do rol de crimes antecedentes a partir dos quais os ativos poderiam ser objeto de lavagem de capitais, sendo certo que o legislador atendeu as sugestões do grupo no mesmo ano com o advento da Lei nº. 12.683/2012, que representou verdadeiro marco.

O presente relatório executivo, assim, discutirá se o descaminho estaria passível de ser alocado enquanto delito antecedente. É dizer, não em razão da exclusão do rol, por certo que o tipo penal sempre esteve mais associado aos crimes contra a administração pública – contemplados, portanto, na já extinta listagem –, mas, sim, a partir da avaliação se essa específica infração fiscal gera ou não ativos ilícitos. Afinal, nunca é demais lembrar: à míngua de sujidade, não há de se cogitar de possibilidade de lavagem.

Desta forma, abordar-se-á o artigo 34 da Exposição de Motivos da Lei nº. 9.613/1998, que justificava a exclusão dos crimes contra a ordem tributária do rol em razão da ausência de geração de lucro com a só conduta de se sonegar um imposto e se identificará qual o resultado da conduta do artigo 334 do Código Penal, vale dizer, se (i) gera lucro indireto; (ii) gera lucro direto; ou (iii) não gera qualquer lucro.

Noutro giro, serão estudados os aspectos práticos do crime de descaminho – ora reconhecido como delito tributário, ora sendo atraído, pela disposição no Código Penal, aos crimes contra a administração pública –, que tem sofrido, a partir dessa oscilação, efeitos significativos quanto à sua aplicação, máxime quando em discussão o momento de sua consumação, a exclusão da tipicidade com o pagamento dos tributos, ou, ainda, o rito dos órgãos fiscais quando cientificados do cometimento da infração fiscal.

A revisão doutrinária e jurisprudencial – adotada enquanto metodologia, somada ao uso do método dedutivo – permitirá que melhor delimitação dos tipos penais em discussão possa ser realizada, já que fundamental para se atingir o ponto principal do trabalho, quando se analisará a compatibilidade, ou não, do crime de descaminho enquanto delito antecedente à lavagem de dinheiro.

Os problemas de pesquisa, desta sorte, são: (i) o crime de descaminho gera ativos?; (ii) o não pagamento de tributos, só por si, permite classificar os eventuais valores represados como ilícitos, possuindo sua origem alterada?; (iii) a realidade brasileira – prática e jurisprudencial – contribuem para a aplicação conjunta das normas?; e (iv) o crime de descaminho pode figurar enquanto conduta anterior à lavagem de capitais?

O presente trabalho, assim, estudará a realidade atual do crime de descaminho – especialmente a partir da constante oscilação jurisprudencial – sob a perspectiva da lei de lavagem de dinheiro, a fim de se extrair eventual recomendação de que, apenas após sete anos de sua última atualização, novo texto legislativo seja publicado, classificando-o melhor e, possivelmente, o alocando mais próximo aos demais crimes contra a ordem tributária.

A LAVAGEM DE DINHEIRO E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM O DESCAMINHO ENQUANTO CRIME ANTECEDENTE

O crime de lavagem de dinheiro, malgrado tenha surgido enquanto expressão nos Estados Unidos da América ainda em 1920 (NUCCI, 2016, p. 518), permanece como tipo penal dos mais complexos, seja em razão de sua dependência de produto de delito anterior para sua consumação, seja por sua aplicação se dar normalmente em harmonia com as recomendações emanadas do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) (CORRÊA, 2013, p. 14). Tem-se, assim, que a multiplicidade de sistemas jurídicos e de normas internas dos cento e oitenta países – aí incluindo o Brasil – que adotam as orientações do referido grupo termina por trazer discussões caseiras quanto à aplicação da conduta típica (DE CARLI, 2013, p. 24).

No ordenamento jurídico pátrio, o crime de lavagem de dinheiro foi introduzido pela Lei nº 9.613/1998 e pressupõe para sua configuração o ato de ocultar ou de dissimular a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, de direitos ou de valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração de crime (BRASIL, 1998).

Feito o registro, importante esclarecer que, para a conduta ser considerada típica, exigia-se – como ainda se exige – a demonstração de efetivas manobras tendentes a reciclar valores auferidos em pretérito crime, não bastando afirmar que as quantias foram reinseridas na economia, sob pena de a ação ser confundida com o exaurimento do delito antecedente (DE SOUZA NETTO, 1999, p. 16). O tipo penal, contudo, trazia rol taxativo de crimes² a partir dos quais poder-se-ia gerar produto passível de ser lavado, delimitando, assim, o espectro de incidência da conduta de lavar ativos a apenas alguns tipos penais (MORO, 2010, p. 35).

Sucedo, todavia, que, especificamente quanto aos crimes contra a ordem tributária, fez o legislador expressa e pormenorizada fundamentação ao justificar, v.g., a exclusão da sonegação fiscal do rol de ilícitos antecedentes, obtendo que, à míngua de incremento patrimonial com a conduta de não quitar os impostos cobrados pelos órgãos fiscais, não haveria numerário ilícito a ser objeto de lavagem³.

Desta forma, ao expor os motivos e opções que nortearam a criação do tipo de lavagem de dinheiro no Brasil, o legislador prescreveu que, sem a gera-

² Com efeito, apenas os valores provenientes dos seguintes crimes poderiam ser objeto de lavagem de dinheiro: (i) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (ii) terrorismo e seu financiamento; (iii) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; (iv) extorsão mediante sequestro; (v) crimes contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

³ Item 34 da Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/1998: Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito

ção de produto com a conduta criminosa antecedente, não haveria de se cogitar o ilícito de viés financeiro. Noutras palavras, à míngua de valores tismados por pretérita infração penal, não se poderia dar início à fase de reciclagem, já que – porquanto originalmente limpos – não estariam aptos a serem lavados.

Assentou-se, assim, que o crime de sonegação fiscal não agrega valores ao patrimônio do agente, afastando aí a possibilidade lógica de figurar no citado rol (DE SOUZA NETTO, 1999, p. 87).

Passados doze anos da introdução da norma, e sobretudo após o fortalecimento e a ampliação do GAFI, o crime de lavagem de dinheiro se revelou fundamental no combate ao crime organizado, pois – com a retirada dos recursos – os grupos criminosos tiveram maior dificuldade para manter suas operações (DE CARLI, 2013, p. 115).

Percebeu-se, assim, em movimento harmônico com a expansão do Direito Penal, flagrante tendência internacional de ampliação do catálogo de crimes antecedentes ao delito de lavagem, notadamente após as quarenta orientações do GAFI de 2012, que alcançaram o Brasil no mesmo ano, com o advento da Lei nº. 12.683/2012 (DE CARLI, 2013, p. 148).

A nova legislação, desta forma, seguindo a tendência mundial, alterou o artigo 1º da Lei nº. 9.613/1998 para excluir o rol de crimes antecedentes a partir dos quais o produto gerado poderia ser objeto de lavagem de capitais, servindo de verdadeiro marco na evolução do crime de reciclagem. Afinal, doravante, toda e qualquer infração penal, aí incluindo as contravenções penais, passou – ao menos em tese – a poder figurar enquanto delito anterior (MENDRONI, 2018, p. 80).

No magistério de Aras,

O novo enquadramento normativo da lavagem de dinheiro situa o País entre as nações que cumprem, neste aspecto, as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que foram revisadas em fevereiro de 2012, para exigir que os crimes fiscais (*tax crimes*) sejam também delitos antecedentes. Estes foram expressamente incluídos na lista mínima de infrações penais antecedentes (*“designated categories of offences”*), a que se refere a nota interpretativa 4 da Recomendação 3 do GAFI (ARAS 2012).

A abertura impensada para todos os tipos penais, contudo, trouxe impactos interpretativos para os operadores do direito que perduram até os dias atuais, conquanto a norma atualizadora já complete uma década no ano vindouro.

Daí, pois, a necessária análise da específica situação dos crimes de natureza fiscal, máxime para se estudar se os tipos penais são geradores de produto ilícito; afinal, repita-se: não há como se cogitar a lavagem de numerário que nunca esteve sujo por pretérita infração penal (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 180).

Com efeito, os delitos fiscais previstos no ordenamento jurídico pátrio não

se amontoam, apesar de permitirem que alargado espectro de condutas se amolde aos tipos penais existentes. Todavia, o ponto central de proteção da norma alcança basicamente as seguintes possibilidades: supressão e redução de tributo (MACHADO, 2008).

Exatamente por isso, distinção sobre os resultados das condutas – insista-se: sob o prisma de geração ou não de produto – se revela fundamental para que seja possível se concluir pela acomodação, ou não, do crime descaminho em uma das acenadas três espécies de crimes tributários.

Tem-se, assim, que a seguinte divisão se nos afigura possível quanto aos crimes de natureza tributária: (i) tipos penais em que o agente, ao prestar informação falsa à autoridade tributária, passa a reduzir seu compromisso fiscal e, conquanto não tenha acréscimo patrimonial, deixa de ter, ilegalmente, um devido valor contra si cobrado, configurando lucro indireto; (ii) crimes em que o agente apenas opta por não recolher o valor corretamente calculado – já que as informações prestada aos órgãos fiscais são verdadeiras –, mantendo, porém, o endividamento inalterado, e não gerando, destarte, produto; e (iii) condutas a partir das quais o agente possui efetivo incremento patrimonial, por certo que com as informações falsas prestadas perante o Poder Público recebe restituição indevida, gerando efetivo produto com sua ação fraudulenta, com diferente origem.

Entretanto, antes de se avaliar a produção ou não ativos com a infração penal de descaminhar, parece-nos recomendável esclarecer aspectos gerais do delito, máxime quanto à sua classificação e consumação, por certo que a variação interpretativa tem repercutido na aplicação desse específico tipo penal. A ideia, assim, está em esmiuçar o delito fiscal em paralelo com as exigências próprias da lei de lavagem de dinheiro, a fim de verificar eventuais incompatibilidades na aplicação conjugada das referidas condutas.

Veja-se, pois, que, apesar de o tipo penal cominar pena para quem “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”, ou seja, o agente que deixar de declarar a entrada ou a saída de mercadoria e com isso não recolher o correlato imposto cometerá o crime de descaminho, existem discussões sobre o bem jurídico tutelado e o momento de sua consumação, trazendo contornos significativos no campo prático (GABOARDI, 2012).

De fato, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 1974, catalogou o crime de “descaminho entre os atos de fraude ao Fisco (Galdino Siqueira, Tratado de direito penal, p. 647; Magalhães Noronha, Direito penal, 4/441), sendo, portanto, crime de sonegação fiscal (Heleno Fragoso, Jurisprudência criminal, 1/97; Ministro Victor Nunes Leal, RTJ, 406/307)” (BRASIL, 1974).

Sucedo, todavia, que atualmente o crime de descaminho – conquanto tenha sido o primeiro tipo penal a tutelar a ausência de recolhimento de impostos, inclusive desde o Código Imperial (GABOARDI, 2012) – tem recebido tratamento diverso daqueles outros contra a ordem tributária. Talvez porque as Leis n.ºs 4.729/1965 e 8.137/1990 – que, respectivamente, criou o crime de sonegação

fiscal e o atualizou – não tenham feito a ele sequer menção; talvez porque no Código Penal de 1940 tenha sido alocado entre os crimes contra a administração pública. Há, também, argumentos no sentido de que a prática do delito representa abalo à soberania nacional, à moralidade e à probidade administrativa, desbordando, desta forma, da conduta de apenas não recolher um tributo (BITENCOURT, 2004, p. 484).

Para Carneiro Neto, contudo, o “fato de o descaminho estar tipificado no Código Penal, em capítulo dos crimes contra a administração pública não obsta que tenha o mesmo tratamento jurídico conferido aos demais crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/90” (CARNEIRO NETO, 2010).

No âmbito jurisprudencial, ainda não se tem estabilidade sobre sua classificação, havendo entendimento seja no sentido de que o tipo penal mais se aproxima dos crimes contra a administração pública (BRASIL, 1998), seja “que o bem jurídico que o Estado procurou tutelar foi a ordem tributária” (BRASIL, 2013).

O caráter híbrido do tipo, no entanto, ora se aproximando dos crimes contra a administração pública, ora – sobretudo sob o ponto de vista prático – melhor se harmonizando com os delitos contra a ordem tributária, malgrado aparente irrelevante, repercute substancialmente na aplicação da norma: não só quanto ao momento da consumação da conduta, mas também quanto à aplicação de benefícios penais, a justificar a importância de abalçamento do tema.

Certifique-se, por exemplo, que, quando em tema a extinção da punibilidade a partir do recolhimento do tributo devido – inclusive após o oferecimento da denúncia –, há oscilação jurisprudencial sobre essa possibilidade no crime de descaminho, a despeito dos crimes dispostos na Lei nº 8.137/1990 e dos artigos 337-A e 168-A do Código Penal, essencialmente reconhecidos como crimes contra a ordem tributária. E assim o é porque o §4º do artigo 83 da Lei nº. 9.430/1996⁴ prescreve que apenas referidos dispositivos poderão ter a punibilidade extinta a partir do pagamento integral dos débitos oriundos dos tributos.

Daí, por exemplo, a repercussão de não se considerar o artigo 334 do Código Penal puramente como crime contra a ordem tributária: em apurações de descaminho, o investigado pode ser beneficiado apenas com a redução da pena por arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal⁵) ou por circunstância legal atenuante (artigo 65, inciso III, alínea ‘b’, do Código Penal⁶), mesmo

4 Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente (...)

§ 4o Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

5 Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

6 Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(...)III - ter o agente:

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

após integralizar o imposto cobrado.

De toda sorte, sob o prisma da anterioridade do crime de reciclagem de ativos, ainda que ao crime de descaminho fosse conferido o mesmo tratamento dos demais crimes contra a ordem tributária, ou seja, que o pagamento do imposto – em qualquer fase do processo – extinguisse a ação penal, apenas a punibilidade do agente se extirparia, e, não, a tipicidade do delito fiscal. Afinal, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei nº. 9.613/98, a “denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

Feito o registro, outro tema também parece atrair a necessidade de que o tipo penal descaminho receba maior atenção legislativa e/ou aprofundado abalçamento doutrinário e, principalmente, jurisprudencial. É que, malgrado os tribunais superiores tenham se inclinado nos últimos anos a classificá-lo enquanto crime formal, a realidade prática avulta para a necessidade de reavaliação do tema.

Com efeito, atualmente o Supremo Tribunal Federal tem firme orientação no sentido de que “o delito de descaminho é rigorosamente formal” (BRASIL, 2014). Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem emanado posicionamento quanto ao descaminho “se tratar de crime formal” (BRASIL, 2019), sendo irrelevante o montante sonegado e sendo indiferente – a não ser à guisa de redução de pena – o integral pagamento da quantia.

No entanto, nem sempre essa foi a orientação jurisprudencial, merecendo destacar – além do posicionamento de 1974 do Tribunal Pleno da Corte Constitucional suso mencionado – precedente recente em sentido contrário, de 2013, da Corte Federal:

Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma insere no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público – diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Cuida-se, ademais, de crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, mostra-se possível a extinção da punibilidade pelo delito de descaminho, ante o pagamento do tributo devido, nos termos do que disciplinam os arts. 34, caput, da Lei nº 9.249/1995, 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 e 83, § 4º, da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 12.382/2011. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013).

Desta forma, se nos afigura evidente que o tema oscila a partir de composição de cada órgão julgador, ora entendendo-se que basta a não declaração da mercadoria – ainda que à míngua de quantificação do numerário – para a consumação do crime, ora decidindo-se que “a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impede o início do inquérito bem como da ação penal pelo delito de descaminho” (BRASIL, 2013).

Para Carneiro Neto, “o descaminho nada mais é do que uma modalidade de sonegação fiscal especificamente relacionada a operações aduaneiras”. E assim o é porque o “núcleo do tipo do art.334 (“iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto”) é exatamente o mesmo da sonegação fiscal previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 (“suprimir ou reduzir tributo”). Daí, pois, a afirmação de que “o descaminho é um crime material, porque exige, para a sua consumação, a ilusão no pagamento integral ou parcial do direito ou imposto”. É que a “simples leitura do tipo (art.334, caput, 2ª parte) deixa transparecer que não se trata de crime meramente formal. A lei fala em iludir o pagamento, e não apenas em adotar medidas materiais com essa finalidade” (CARNEIRO NETO, 2010).

Lado outro, sob o viés da praticidade, a ausência de definição legislativa, doutrinária e jurisprudencial termina por impactar até mesmo a correta aplicação do tipo penal. É que, conquanto os julgados atuais não exijam a constituição de crédito tributário para o início das investigações pelo crime de descaminho, o Decreto nº. 2.730/98, que regulamenta o artigo 83 da Lei nº. 9.430/96, prevê que o “Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal” sempre que “constatar I – crime contra a ordem tributária tipificado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; II – crime de contrabando ou descaminho”. Assim, “encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal”.

Veja-se, pois, que, em razão de “nos parecer pouco provável que o Ministério Público tenha conhecimento de atos criminosos na ordem tributária que não seja através de ‘Representação’ Fiscal, dada a natureza sigilosa dos dados fiscais”, o órgão ministerial tem ciência de indícios de crime tardiamente (LEITE, 2004).

Noutras palavras, malgrado a jurisprudência atualizada não exija o encerramento do processo administrativo-fiscal para a deflagração de investigação por descaminho – e até por isso a prescrição não fique sobrestada, nos termos do artigo 83 da Lei nº. 9.430/96, que silencia quanto ao artigo 334 do Código Penal – a atual legislação, ainda que questionável sua constitucionalidade, sugere que o Ministério Público seja cientificado apenas após a constituição de crédito tributário. Tudo, pois, a expor a fragilidade atual do sistema e a contribuir para

7 Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

(...)

§ 3o A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

que muitas condutas sejam alcançadas pela perda do direito de punir estatal.

O tema, contudo, ganha contornos ainda mais nítidos no contexto da lavagem de capitais, por certo que, à míngua de constituição de crédito tributário, não há como sequer se quantificar o numerário eventualmente lavado, a – quando menos – fragilizar a demonstração da materialidade do crime financeiro.

Não fosse o bastante, o decurso do tempo entre o cometimento do crime fiscal e o encerramento da via administrativa – sem se olvidar de eventual prescrição administrativa – prejudica eventual apuração do delito de lavagem de capitais, seja em razão da chance de prescrição do crime de reciclagem, seja pela dificuldade de se realizar o inarredável processo de *“follow the money”*.

Noutro sentido, eventual início prematuro da apuração do crime financeiro – ou seja, antes do esgotamento do processo fiscal – flerta com o risco de se condenar² alguém por lavagem antes de se definir se houve efetivo prejuízo ao erário e, em caso positivo, o quantum apurado. Tudo, pois, a acenar para a dificuldade de o crime de descaminho servir enquanto antecedente ao delito de reciclagem de ativos, embora não se desconheça a autonomia do crime de viés financeiro.

Ademais, para além de as normas que orientam as atividades dos órgãos fiscais direcionarem para a exigência de encerramento de processo administrativo-fiscal para a cientificação do Ministério Público, a positivação do enunciado nº. 24 da Súmula Vinculante³ trouxe impactos também para o crime de descaminho, por assimilação, para quem o classifica como material. Afinal, o “processo administrativo fiscal é uma das fontes de revisão do crédito tributário lançado em desfavor do contribuinte, e somente após seu trânsito o crédito tributário estará aperfeiçoado e constituído definitivamente” (LUNA NETO, 2020).

Quanto ao tema, registre-se a posição de Carneiro Neto, para quem apesar de o enunciado nº. 24 da Súmula Vinculante “apenas fazer menção à modalidade de sonegação fiscal prevista no art.1º, I, da Lei 8.137/90, a mesma razão justifica idêntico tratamento jurídico em relação aos demais crimes fiscais materiais, como é o caso do descaminho” (CARNEIRO NETO, 2010).

Destaca-se, contudo, que, aceitando-se possível o crime tributário enquanto delito antecedente à lavagem de dinheiro – ou seja, arredada, ao menos por ora, discussão quanto à produção ou não de ativos ilícitos –, ao menos até a constituição do crédito tributário o agente poderia transacionar os recursos não recolhidos sem que se configurasse lavagem de dinheiro, diante da ausência de consumação do crime até a decisão administrativa, que pode levar anos (PELELLA, 2013, p. 356). Tudo, assim, a evidenciar a dificuldade de que infrações penais contra a ordem tributária se acomodem enquanto delitos anteriores ao de reciclagem, aí incluindo o descaminho, quando reconhecido enquanto material.

E assim o é porque, para Badaró, poderia haver “um bill de indenidade

8 Além da decretação de plurais medidas cautelares invasivas.

9 Súmula vinculante nº 24 – Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

para a lavagem de dinheiro” (BADARÓ, 2016), já que o decurso de tempo poderia, insista-se, atrair a prescrição da pretensão punitiva do crime de viés financeiro, bem assim dificultar o rastreamento do numerário pelas autoridades investigadoras.

É dizer, entre o fato gerador do crédito tributário e o lançamento definitivo do tributo o agente poderia transacionar os valores que futuramente seriam reconhecidos como dívida fiscal sem poder se cogitar a prática de lavagem de capitais. Afinal, além de inexistência formal do crime anterior, haveria dificuldade até mesmo de se demonstrar a ocorrência de dolo, já que o agente se tornaria devedor do tributo apenas anos depois (BONFIM, 2017).

Noutro giro, para além da ausência de fixação de entendimento quanto ao crime de descaminho ser formal ou material, até mesmo a já consolidada aplicação do princípio da insignificância em apurações penais tributárias quando os valores devidos não ultrapassam R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) tem recebido reavaliação jurisprudencial.

Com efeito, após anos de divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal quanto ao teto para fins de aplicação do princípio da bagatela em crimes de natureza fiscal, a Terceira Seção se adequou ao entendimento da Corte Constitucional para reconhecer que “incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002” (BRASIL, 2018) com as atualizações efetivadas pelas Portarias n.ºs 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

Sucedo, todavia, que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal alterou recentemente seu entendimento para não mais permitir a aplicação do princípio da insignificância em crimes fiscais, fixando a seguinte tese: “em se tratando de crime formal que atenta contra o regular funcionamento da Administração Pública, não se aplica o princípio da insignificância ao crime de descaminho” (BRASIL, 2020).

Destarte, a ausência de estabilidade jurisprudencial traz insegurança jurídica ao jurisdicionado e dificulta o trabalho dos órgãos de controle, que não sabem para onde direcionar seus esforços investigativos. Afinal, mudanças jurisprudenciais desse jaez alteram toda a lógica do dia a dia dos fiscais de tributos, por exemplo, que atualmente sequer notificam o órgão ministerial quando o valor devido pelo contribuinte não ultrapassa a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). De que forma, pois, o órgão fiscal deve agir? Segue a jurisprudência – tomada em julgamento de recurso repetitivo – do órgão responsável pela uniformização da aplicação de leis federais ou a nova oscilação da Suprema Corte do país?

Para fins de aplicação da lei de lavagem de capitais, parece-nos que se o agente transacionar – após o necessário processo de ocultação ou dissimulação – até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não recolhidos a título de tributo de entrada, saída ou consumo de mercadoria não haveria de se falar em tipificação por reciclagem de ativos, por certo que “a sonegação até essa quantia será atípica e a parcela sonegada não será objeto de lavagem de dinheiro” (BADARÓ;

BOTTINI, 2013, p. 74).

Essa, também, a posição acolhida pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, *verbis*:

PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º, V, DA LEI Nº 9.613/98. INSUBSISTÊNCIA.

Na linha do entendimento consolidado pela colenda 4ª Seção desta Corte, adotando orientação do e. STF, inexistente justa causa para a persecução penal pela suposta prática do crime de descaminho (artigo 334 do Código Penal) quando aplicável à espécie o princípio da insignificância, admissível inclusive na fase de execução penal, por tornar atípica a conduta.

Reconhecida, por decisão judicial, a atipicidade da conduta descrita como crime antecedente, não há que se cogitar na subsistência do crime de lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012).

A dificuldade de se conciliar o descaminho e a lavagem de capitais, contudo, ganha subtema com a não aplicação do princípio da insignificância em casos de reincidência. E o motivo está em que, nos termos do que fixado pelos tribunais superiores, se revela aplicável o princípio da bagatela em casos de crimes fiscais, “ressalvados os casos de reincidência ou comprovada habitualidade delitiva, que impedirão a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente” (BRASIL, 2019).

A concreta dificuldade, assim, advém do fato de que mesmo em casos cujo imposto devido não ultrapassa o teto de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), arredada inclusive a provável ausência de notificação pelo órgão fiscal ao Ministério Público, diante da quantia suprimida, há risco de a ação penal que apura o crime de descaminho ser revertida anos depois – até mesmo na Corte Constitucional, como no julgado citado – e a incidência do princípio da insignificância ser afastada, dando azo à investigação por lavagem de ativos. Como, todavia, imaginar que o Poder Público tenha condições de iniciar a apuração do crime financeiro não raras vezes mais de dez anos depois?

Parece-nos, assim, que mais importante do que se compreender a melhor classificação do tipo penal e de suas dificuldades de aplicação no campo prático está em se estudar se o tipo penal se trata ou não de crime produtor de ativos passíveis de serem lavados, máxime após a exclusão do rol de crimes antecedentes, em 2012.

Com efeito, ao excluir o rol, permitindo-se, em tese, a consideração de toda e qualquer infração enquanto infração penal antecedente à lavagem de dinheiro, o legislador – para além de atender as recomendações do GAFI – fez nascer profundas discussões acadêmicas quanto à efetiva possibilidade de determinados ilícitos atenderem aos requisitos intrínsecos de conduta anterior (LUNA NETO, 2020).

É que, até a última reforma da lei de lavagem de capitais, entendia-se – majoritariamente e à guisa de recordação – que o crime descaminho constituía crime contra a administração pública, motivo pelo qual eventual produto de sua prática permitiria sua acomodação no processo de reciclagem de ativos (BRASIL, 2007).

Diferente, pois, dos outros crimes fiscais, que – por figurarem em outra lei ou não estarem no capítulo de crimes contra a administração pública no Código Penal – não estavam passíveis de servirem como condutas antecedentes à de lavagem de dinheiro, por não haver “agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores” (BRASIL, 1998).

Assim, na ausência de esclarecimento pelo legislador mais moderno – que excluiu o rol de delitos antecedentes –, a comunidade jurídica discute, desde então, se as infrações de natureza fiscal, efetivamente, podem servir enquanto crime anterior, sobretudo porque o decurso do tempo entre uma lei e outra não excluiu a escorreita argumentação que justificou a exclusão inicialmente dos tipos penais tributários do rol taxativo (TURBIANI, 2016).

Gize-se, aliás, que a “ideia majoritária tende a não recomendar a inclusão dos delitos fiscais como crime antecedente, justamente por conta da dificuldade prática em identificar o resultado da sonegação fiscal e ligá-la a uma possível prática de branqueamento” (LUNA NETO, 2020). Todavia, o tema não encontra unanimidade, merecendo destacar a posição, em sentido contrário, de Baltazar:

A grande crítica feita ao legislador é não ter incluído os crimes contra a ordem tributária como antecedentes da lavagem. O fundamento da omissão é que no próprio crime de lavagem está contida a ideia de que no crime antecedente haja algum proveito econômico, ou seja, que o agente agregue patrimônio. No crime contra a ordem tributária, o sujeito ativo não agrega patrimônio de forma direta, ao menos na sonegação por omissão de receita onde o sujeito deixa de pagar, mas não aumenta o patrimônio. Nesse sentido a sonegação produz dinheiro negro, mas não dinheiro sujo. O contra-argumento seria que nesses crimes há um proveito indireto e no momento que o sujeito tiver que fazer circular a receita obtida em razão da existência de caixa dois, por exemplo, terá que dar uma aparência de lícita (BALTAZAR, 2014, p. 457).

De toda forma, há argumentação no sentido de que a alteração legislativa para excluir o rol taxativo não significou – sobretudo quanto à sonegação fiscal – alteração na lógica de aplicação da conduta, assentando o raciocínio de que, diante da ausência de geração de produto, não há de se cogitar adequação como crime anterior. Afinal, para além de não incrementar o patrimônio do agente, o não pagamento do tributo não macula a origem – quando lícita – do numerário (TURBIANI, 2016).

Sobre o tema, confira-se – em livre tradução – a advertência de Araceli Olmeda:

Portanto, um dos argumentos contrários à possibilidade de sonegação fiscal antecedente da lavagem é relacionado ao objeto material, já que sua origem não é ilícita, não podendo o agente responder pela omissão do não pagamento do tributo. Assim, a fraude fiscal consistente em evitar o pagamento do tributo é um delito de omissão, que por consequência não gera bem algum ao sonegador (OLMEDA, 2012).

Reside daí, talvez, a necessidade e a importância de se estudar o crime de descaminho sob o prisma da geração ou não de ativos financeiros, em ordem a se avaliar a possibilidade – ou não – de servir de delito antecedente à lavagem de dinheiro, notadamente para afastar afirmações peremptórias de possibilidade ou de impossibilidade.

De fato, “o descaminho está associado à fraude de valor, em que o importador, objetivando iludir parte do pagamento dos direitos aduaneiros, informa na declaração de importação um valor inferior ao efetivo valor da transação”, reduzindo, fraudulentamente, “a base de cálculos sobre a qual incidirão referidos impostos” (LEITE, 2004).

Verifica-se, assim, a ausência de lucro direto com a conduta do agente que pratica o crime de descaminho, por certa a ausência de origem fraudulenta do numerário, que apenas deixa de ser pago a título de imposto. Registre-se, assim, que não há acréscimo patrimonial, embora a pessoa – ao informar a menor ou não informar os valores das mercadorias – diminua a incidência tributária. Os valores, desta forma, permanecem com sua origem lícita, embora o agente receba lucro indireto ao deixar de ter contra si dívida tributária aumentada (LUNA NETO, 2020).

Nasce aí, contudo, discussão. É que a origem dos valores continua lícita, obtidos a partir de regular atividade profissional, e.g., conquanto – ao declarar valores inferiores ao fisco – a carga tributária incidente seja, ao final, reduzida, havendo, destarte, lucro indireto com a conduta. Assim, questiona-se: o valor de imposto correspondente à quantia obtida de forma lícita pode ser contaminado, tornando-se ilícito, no momento que o agente o esconde da fiscalização?

Para Isidoro Blanco Cordero, citado por Turbiani, sim. Na visão do doutrinador,

[P]ara além da contaminação, a cota defraudada pode até mesmo ser considerada um bem que procede diretamente do crime fiscal, ou seja, a cota defraudada tem proveniência na própria prática do crime fiscal, uma vez seu quantum (denominado dívida tributária ou cota tributária) passa a surgir a partir do não pagamento de tributos mediante fraude. Com efeito, apesar de reconhecer que a cota defraudada

refere-se a valores que, de fato, não ingressam no patrimônio do autor do delito fiscal quando de sua prática (já existindo preteritamente), o autor afirma que referido argumento não impede que se considere que a cota tributária procede do delito fiscal (TURBIANI, 2016).

Sob outra perspectiva, em tradução própria, a ponderação de José Benítez no sentido que não, ante a licitude da origem do numerário. Confira-se:

O que é técnica e político-criminalmente decisivo para a tipicidade do branqueamento é, pois, que a origem dos bens, isto é a causa de sua obtenção seja um delito base – o narcotráfico, a propina, o sequestro, a extorsão, a malversação, o terrorismo ou o crime organizado em geral, etcétera – distinto da fraude fiscal, porque a fraude fiscal em si mesma não gera os bens, não é a origem dos bens, mas, simplesmente, oculta à fazenda pública os bens obtidos licitamente.

Em sentido estrito, pois, o dinheiro negro ou “B” não procedente de delitos prévios à fraude fiscal não é um bem que tenha sua origem em um delito, senão um bem de procedência ou origem lícita, ainda que ocultado ao fisco.

Porém, os delitos de branqueamento exigem que os bens tenham sua origem em um delito. Em consequência, não se referem à origem fiscalmente ilícita dos bens. A introdução no sistema econômico do dinheiro negro ou “B” não procedente de um delito prévio que haja sido, precisamente, a origem dos bens e, portanto, distinto por definição da fraude fiscal cometida com bens de procedência lícita, não é tecnicamente, pois, uma conduta típica de lavagem de capitais (GÓMEZ BENÍTEZ, 2007).

No mesmo sentido, pondera Luna Neto que

[...] o fato decisivo para a tipicidade da lavagem de dinheiro é a origem dos bens, isto é, que este bem seja gerado a partir de um delito base – o narcotráfico, a propina, o sequestro, a extorsão, crime financeiro, o terrorismo dentre outros – distinto da fraude fiscal, porque a fraude fiscal em si mesma não é capaz de gerar acréscimos patrimoniais, ou seja, produto material de crime (LUNA NETO, 2020).

Noutro giro, outra circunstância que evidencia – com clareza – a atipicidade da conduta está na ausência de responsabilidade penal do destinatário do valor; valor que, em princípio, deveria ser recolhido enquanto tributo. Imagine-se, pois, a hipótese de uma pessoa – doravante, nominado “A” – adquirir um bem imóvel sem, antes, recolher impostos devidos por sua empresa. A pergunta que se faz é a seguinte: mesmo ciente de que o empresário “A” possuísse uma pretérita obrigação tributária, o vendedor do bem imóvel – doravante, nominado “B” – cometeria o crime de receptação, ou, ainda, seria partícipe no crime de lavagem de capitais? Entende-se, obviamente, que não, já que o numerário que deixou de ser recolhido enquanto tributo preserva sua natureza lícita (TURBIANI, 2016).

Da mesma forma, tirante o autônomo crime de descaminho, o empresário “A” cometeria o crime de lavagem pelo fato de – ainda que irresponsavelmente – optar pela aquisição de um bem junto a “B” ao invés de recolher tributo devido? Entende-se também que não. E a razão é simples: o numerário que deixou de ser recolhido ostenta natureza lícita, sendo certo que apenas a reciclagem de valores ilícitos pode dar azo à configuração do crime de lavagem (TURBIANI, 2016).

Em arremate, “alargar as hipóteses de incidência do crime de lavagem de dinheiro para as outras modalidades de sonegação fiscal, oriundas da manutenção de recursos que deveriam ser declarados e pago ou, em outra hipótese, transferidos ao Fisco” seria o mesmo que “admitir o uso – indevido – do Direito Penal como ferramenta de coação para o adimplemento das obrigações tributárias” (LUNA NETO, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de lavagem de capitais foi, na última década, o tipo penal que recebeu maior atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras – em consonância com o movimento mundial –, após a prática investigativa evidenciar que a almejada neutralização das organizações criminosas e dos grupos terroristas não se daria a partir da apreensão de matérias primas e/ou da prisão dos líderes, mas, sim, do bloqueio dos numerários utilizados pelos grupos.

Tem-se, assim, que, reconhecida a importância de se reprimir a conduta de lavar ativos, textos internacionais estabeleceram a necessidade de que o tipo penal fosse criado pelos países, não raras vezes enquanto exigência para firmamento e/ou manutenção de acordos comerciais.

Sucedede, contudo, que a ausência de prévio e dilatado estudo fez com que normas sugeridas por organismos globais, capitaneados por países de sistemas jurídicos diversos, terminassem por compor a legislação brasileira sem o necessário amadurecimento interno, produzindo esperada incompatibilidade, sobretudo porque a Carta Maior se apresenta como das mais recentes e evoluídas do mundo em termos de garantias individuais.

Lado outro, o avanço da globalização também impactou as relações co-

merciais, que deixaram de se limitar a grandes empresas importadoras e/ou exportadoras para também permitir que pessoas físicas acessassem produtos internacionais com alguma facilidade. Da mesma forma, houve crescimento no número de exportações de mercadorias brasileiras, aumentando o risco de cometimento do crime de descaminho, previsto em nosso ordenamento jurídico desde o Código do Império.

Daí, pois, a intenção do presente estudo, de associar o crime de descaminho ao delito de reciclagem de ativos, vale dizer, como conduta antecedente, sobretudo à míngua de enfrentamento do tema pelo Superior Tribunal de Justiça – responsável pela unificação dos entendimentos sobre matéria infraconstitucional –, expondo a necessidade de que ao menos doutrinariamente o tema avance, em ordem a auxiliar os operadores que se deparam com a discussão.

Tem-se, assim, que o corrente trabalho tratou do crime de lavagem de capitais, demonstrando que para sua configuração se revela imprescindível que a conduta anterior tenha gerado ativos ilícitos – e, por isso mesmo, sujos –, até para que faça sentido lógico, já que não há como se lavar quantias limpas. Mais do que isso, estudou-se a alteração sugerida pelo Grupo de Ação Financeira Internacional, notadamente quanto à exclusão do rol de crimes antecedentes, para se admitir que toda e qualquer conduta que produza ilícitos ativos se acomode no processo de lavagem.

Ademais, abordou-se a infração penal de descaminho, que, mesmo figurando como tipo penal mais antigo de não recolhimento de tributos, ainda hoje não recebe tratamento harmônico, inclusive quanto à sua classificação, ora sendo considerado crime contra a administração pública, ora tendo sua aplicação espelhada aos delitos contra a ordem tributária.

Nesse sentido, apresentou-se efeitos práticos gerados pela oscilação interpretativa do artigo 334 do Código Penal, por certo que – v.g. – temas como necessidade ou não de constituição de crédito tributário para a consumação do crime de descaminho impactam no sobrestamento ou não de investigações, repercutindo no cálculo prescricional.

O assunto de maior aprofundamento, contudo, foi a de geração ou não de ativos ilícitos com a prática do crime do descaminho, já que essencial para se concluir pela possibilidade ou impossibilidade de se acomodar enquanto conduta antecedente à reciclagem de valores. Verificou-se, assim, que o delito fiscal de descaminho se identifica mais com os ilícitos que geram lucro indireto, ou seja, aqueles em que o agente altera a verdade para o fisco a fim de ter seu imposto futuro calculado a menor – ou não calculado –, sendo certo, entretanto, que os valores não recolhidos apenas permanecem com o autor da infração penal, não alterando sua origem, tampouco gerando novos ativos.

De toda sorte, por gerar lucro indireto, há de se reconhecer que, por diminuir dívida futura, há efetivo prejuízo para o Estado – que deixará de poder cobrar a quantia devida –, malgrado o valor mantido com o agente não tenha sua origem alterada, a se questionar se pode ou não ser lavado. A solução, porém, não nos parece passar pelo intérprete, mas – sim – pelo legislador.

À guisa de respostas aos problemas do relatório executivo, concluiu-se que: (i) o crime de descaminho não gera ativos, por certo que o agente apenas deixa de declarar o valor correto da mercadoria, no todo ou em parte, não havendo – por isso mesmo – qualquer restituição de imposto, mas tão-somente o não pagamento de uma dívida tributária; (ii) o inadimplemento de determinado tributo não legitima afirmação no sentido de que o proporcional não pago ao fisco e que esteja na posse do agente seja considerado sujo, já que sua origem lícita permanece inalterada, ou seja, eventual opção do devedor em realizar pagamento de dívida de banco – de juros maior –, por exemplo, não macula os ativos. Contudo, há lucro indireto, considerando que a ausência de notificação ao órgão fiscal impede que o Estado tome ciência das quantias que lhe são devidas; (iii) a realidade brasileira prejudica a aplicação conjunta dos crimes de descaminho e de lavagem de dinheiro, em decorrência da instabilidade interpretativa do delito fiscal objeto de estudo – notadamente quanto ao fato de sua consumação prescindir ou não de constituição de crédito tributário –, impedindo que o crime financeiro seja corretamente investigado, ora por ausência de delimitação dos valores não recolhidos – e que estariam sendo lavados –, deixando a investigação confusa, ora por permitir que o agente faça diversas transações com o numerário sonegado, inibindo as possibilidades apuratórias do follow the money com o decurso do tempo; e (iv) não se nos afigura possível que o crime de descaminho sirva de antecedente à reciclagem de valores, à míngua de geração de ativos ilícitos com sua prática. Assim, ainda que se entenda que o não recolhimento dos impostos transforme a origem da quantia iludida, parece-nos que o princípio da legalidade impede que tamanha elasticidade seja realizada, a recomendar atenção legislativa.

Por fim, não obstante se compreenda o propósito do Estado brasileiro de caminhar no mesmo rumo dos países desenvolvidos, que há muito reconhecem a importância de se aperfeiçoar a aplicação do crime de lavagem de ativos, minuciosa análise sobre a compatibilidade dos tipos penais existentes se torna fundamental, a fim de que não se imponha ônus ilegítimo ao jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: **Boletim IBCCrim**, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Do chamado “Lançamento definitivo do crédito tributário” e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal”. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- BALTAZAR, José Paulo. **Crimes Federais**, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONFIM, Wellington Luís de Sousa Bonfim. Os delitos fiscais como crimes tributários antecedentes

da lavagem de dinheiro. Brasília: **Boletim Científico ESMPU**, 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <<https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/53>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas corpus 265706/RS**. Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Descaminho. Pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Possibilidade. Crime material. Natureza tributária. 3. Necessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Súmula vinculante Nº 24/STF. Constrangimento ilegal evidenciado. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando-se a liminar, para trancar a ação penal Nº 5017455-61.2012.404.7100/RS, apenas com relação ao delito de descaminho. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1238999&num_registro=201300593361&-data=20130610&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso especial 1688878/SP**. Recurso especial afetado ao rito dos repetitivos para fins de revisão do tema n. 157. Aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, cujo débito não exceda R\$ 10.000,00 (dez mil reais). art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Entendimento que destoa da orientação consolidada no STF, que tem reconhecido a atipicidade material com base no parâmetro fixado nas portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Adequação. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677613&num_registro=201702016211&data=20180404&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1807259/SC**. Agravo regimental no recurso especial. Descaminho. Prescrição afastada. Constituição definitiva do crédito tributário. Desnecessidade. Crime formal. Paradigma em habeas corpus. Não cabimento. Agravo improvido. Relator Min. Néfi Cordeiro, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GentleiroTeorDoAcordao?num_registro=201901009258&dt_publicacao=02/08/2019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso especial 886068/RS**. Penal. Recurso especial. Artigos 288 e 334 do CP, art. 22, caput e parágrafo único, da lei nº 7.492/86, art. 1º, § 1º, inciso I e § 2º, inciso I, da lei nº 9.613/98. Princípio da consunção. Absorção do delito de evasão de divisas pelo delito de descaminho. Impossibilidade. Lavagem de dinheiro. Crime antecedente. Relator: Min. Félix Fischer, 10 de maio de 2007. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=691208&num_registro=200601928715&data=20070903&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas corpus 120783/SC. Habeas corpus. Processo penal e direito penal. Impetração contra acórdão do STJ em recurso ordinário em habeas corpus. Inadequação da via eleita. Cigarros. Contrabando. Descaminho. Constituição definitiva crédito tributário. Desnecessidade. Relatora Min. Rosa Weber, 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=214944952&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas corpus 144193/SP**. Agravo regimental em habeas corpus. Descaminho. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Quantum para ajuizamento das execuções penais. Independência das reponsabilidades nas esferas administrativa, cível e penal. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de abril de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753733971>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas corpus 161848/PR**. Agravo regimental em habeas corpus. Reiteração dos argumentos expostos na inicial que não infirmam os fundamentos da decisão agravada. Princípio da insignificância: descaminho. Valor sonegado inferior ao estabelecido no art. 20 da lei 10.522/2002, com as atualizações instituídas pelas portarias 75/2012 e 130/2012, ambas do ministério da fazenda. Inaplicabilidade aos casos de reincidência ou comprovada habitualidade delitiva: elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. Agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 5 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751378318>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso extraordinário 76.071/RN**. Imposto. Pagamento. Descaminho. Extinção da punibilidade. Relator: Min. Bilac Pinto, 6 de setembro de 1974. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712130/recurso-extraordinario-re-76071-rn>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma). **Apelação criminal 50096155920104047200/SC**. Penal. Descaminho. Art. 334 do código penal. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Lavagem de dinheiro. Art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98. Insubsistência. Relator: Des. Márcio Antônio Rocha, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41329318086332461110000000014&evento=490&key=cff213a06784c32dc59400497161d76659b96ae24cc68868e7a7f346ed21b5b9&hash=ba45af167179288f214c93514a486991>. Acesso em: 25 nov. 2021.

CALLEGARI, André Luís e WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017. CARNEIRO NETO, Durval. **Descaminho não é crime sem lançamento de crédito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jun-27/descaminho-nao-crime-lancamento-credito-tributario?pagina=4>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional**. Brasília: FUNAG, 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Coord.); Andrey Borges de Mendonça et al. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2.ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

- DE SOUZA NETTO, José Laurindo. **Lavagem de dinheiro. Comentários à Lei nº. 9.613/98.** Curitiba: Juruá, 1999.
- GABOARDI, Laura. **A natureza fiscal do delito de descaminho.** Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/laura_gaboardi.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal. **Cuadernos de política criminal.** Madrid: 2007.
- LEITE, Rodrigo Torres. **O crime de descaminho no contexto dos delitos tributários e da Lei de “lavagem” de dinheiro.** Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4552/1/Mencao%20honrosa%20do%203%C2%BA%20Premio%20RFB.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- LUNA NETO, Luiz. A sonegação fiscal como infração penal antecedente a lavagem de capitais: análise de aspectos dogmáticos e práticos. In. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. **Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales.** Madrid: **Revista de derecho penal,** 2012.
- PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários: a actio nata e a prejudicial administrativa. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** 2.ed. Salvador: JusPodivim, 2013.
- TURBIANI, Gustavo de Castro. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações da Lei 9.613/1998. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**CORRUPÇÃO PASSIVA COMO CRIME ANTECEDENTE. EXAURIMENTO COM
OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA SEMPRE CONFIGURA CRIME DE LAVAGEM?**

Marcelo Gurjão Silveira Aith¹

RESUMO

O ESCOPO DO PRESENTE TRABALHO É ANALISAR A OCORRÊNCIA OU NÃO DO CRIME DE LAVAGEM À LUZ DE UM CASO CONCRETO, TENDO COMO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA COMO ANTECEDENTE. PARA ISSO, SERÁ FEITA UMA BREVE DIGRESSÃO AO CASO CONCRETO, EXPONDO ALGUNS ELEMENTOS CHAVES PARA A COMPREENSÃO DA LIDE. NA SEQUÊNCIA SERÃO ABORDADOS ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE LAVAGEM. POR FIM, ENFRENTAR-SE-Á A QUESTÃO CENTRAL CONSISTENTE NA PERGUNTA: EXAURIMENTO COM OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA SEMPRE CONFIGURA CRIME DE LAVAGEM?

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico; Corrupção Passiva; Lavagem de Dinheiro.

INTRODUÇÃO

Uma discussão sensível no meio acadêmico e, também, na prática do direito penal econômico consiste em regular e estabelecer limites à configuração do crime de lavagem de capitais. Hodiernamente tem se observado um aumento na imputação dos crimes de lavagem, como se fossem um acessório necessário dos crimes antecedentes. Invariavelmente nos crimes de “colarinho branco”, como por exemplo nos crimes de corrupção ativa e passiva, a imputação da lavagem já vem como um verdadeiro apêndice.

O presente artigo analisará um caso específico e enfrentará a questão da configuração ou não do crime de lavagem, cujo crime antecedente seria o de corrupção passiva supostamente praticado por um delegado de polícia, no

¹ Bacharel em Direito, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado Criminalista. Associado da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Especialista em Blanqueo de Capitales pela Universidade de Salamanca. Especialista em Direito Público, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Autor de artigos e docente da Escola Paulista de Direito. E-mail: marcelo@aitadvocacia.com.br. <http://lattes.cnpq.br/6666604965843300>

exercício da sua função. Assevere-se, por oportuno, que não haverá incursão sobre a ocorrência ou não do crime antecedente, mas sim, partirei, hipoteticamente, da sua efetiva perfectibilização, restringindo-se a análise da ocorrência do crime de lavagem.

O *case* consiste na acusação formulada pelo Ministério Público de São Paulo contra o delegado de polícia que teria recebido vantagem indevida através de interposta pessoa, o que, na visão do órgão acusatório, configuraria ocultação do produto do crime.

Segundo apontou a denúncia o delegado teria recebido as vantagens indevidas para atrasar o andamento de inquéritos que apuravam crimes tributários supostamente praticados pela corruptora. O órgão ministerial denunciou a autoridade policial pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na hipótese, a lavagem consistiria na ocultação da vantagem indevida recebida, que consistiria no recebido um veículo financiado em nome da esposa do delegado.

Para a correta compreensão do caso trazido, faz-se necessário decompor nas seguintes seções: 1) síntese fática; 2) conceito e natureza do crime de lavagem de dinheiro; 3) características e fases do branqueamento; 4) crime de corrupção passiva como crime antecedente; e 5) conclusão sobre o caso.

SÍNTESE FÁTICA

O delegado, no exercício de seu mister, recebeu, em tese, vantagem indevida para atrasar o andamento das investigações envolvendo a corruptora e suas empresas. Segundo consta da denúncia, o pagamento da suposta propina ao delegado pela corruptora se efetivou por intermédio de financiamento de um veículo em nome de interposta pessoa, o que, na visão da acusação, configuraria o crime de lavagem de capitais.

A defesa sustentou que o bem recebido configurava mero exaurimento do suposto crime de corrupção, razão pela qual a ocultação da vantagem ilícita é elemento do crime de corrupção passiva. Seguem excertos da tese da defesa, apresentado nos memoriais escritos:

“(...) Destarte, nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção, tal como ocorre quando o funcionário público recebe vantagem indevida oriunda de corrupção passiva em nome de sua esposa. Fato que se subsume, integralmente, a hipótese vertente, uma vez que a vantagem ilícita supostamente recebida por XXXXXXXX se consumou no financiamento do veículo em nome da sua esposa XXXXXXXX. (omissão dos nomes)

Cumprе ressaltar que o Colendo Supremo Tribunal Federal discutiu esse específico tema nos autos da Ação Penal nº 470 (Mensalão), no caso de um servidor público que recebeu valores em razão do exercício de suas funções através de sua esposa, que buscou o dinheiro em espécie na agência bancária. Na hipótese, a Procuradoria Geral da República ofereceu denúncia pela prática – em concurso de delitos – de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A Corte Suprema afastou a incidência do segundo delito por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores integra expressamente o tipo penal de corrupção passiva. Essa forma de ocultação, portanto, está contida no artigo 317 do Estatuto Repressivo, de forma que o delito de lavagem de dinheiro é absorvido pelo crime antecedente.

(...)

Destarte, Nobre Julgador, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento indireto de valores frutos da corrupção passiva, há continência entre os tipos penais, aplicando-se a consunção, absorvendo-se o delito de branqueamento de capitais, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

In casu, o pagamento da suposta propina ao delegado XXXXXX pela corruptora XXXXXX se deu por intermédio do financiamento de um veículo em nome de interposta pessoa, razão pela qual a ocultação da vantagem ilícita é elemento do crime de corrupção passiva na espécie. (omissão dos nomes)

Não há que se falar, na hipótese vertente, em ocultação de bens, valores ou direitos, decorrentes de infração penal antecedente, uma vez que não há atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida”.

O magistrado, na sentença, desconsiderando a tese de defesa, exarou o decreto condenatório nos seguintes termos:

“Sobre a caracterização de concurso material entre a lavagem de dinheiro e o crime de corrupção passiva nas hipóteses em que a ocultação ou dissimulação ultrapassam o mero recebimento indireto, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Bottini, na obra conjunta “Lavagem de Dinheiro”, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Ed., p. 128, assim ensinaram:

“Assim, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento ‘indireto’ dos valores, há contingência entre os tipos penais, aplicando-se o instituto da consunção. Isso não impede a verificação do concurso material entre lavagem de dinheiro e corrupção passiva se constatado no caso concreto outro ato de ocultação ou dissimulação para além do recebimento indireto, como, por exemplo, o envio de dinheiro para o exterior, para constas de terceiros, ou a simulação de negócios posteriores com a finalidade de conferir aparência lícita aos recursos recebidos. A menção ao recebimento indireto no tipo penal de corrupção passiva não implica salvo conduto para qualquer comportamento de ocultação posterior”.

Justamente por isso, o pagamento de boletos de financiamento em nome da esposa do réu não se trata de mero recebimento indireto. Ele não recebeu simplesmente os valores por intermédio de sua esposa, mas sim em forma de pagamento de um financiamento em nome dela, de forma a ocultar e dissimular a origem do dinheiro ilícito recebido”.

Passo ao enfrentamento da questão com o objetivo de evidenciar que o caso trazido a discussão é mais um daqueles em que o crime de lavagem vem a reboque, sem qualquer consistência lógica.

CONCEITO E NATUREZA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme preleciona PIERPAOLO CRUZ BOTTINI a *“Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”.*

ISIDORO BLANCO CORDERO, Professor de Direito Penal da Universidade de Alicante - ESP, em sua obra ***“El delito de blanqueo de capitales”***, sustenta que lavagem de dinheiro é um *“processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”.*

Por sua vez, estabelece o artigo 1º da Lei 9613/1998, a definição legal do crime de capitais:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

(...)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”

A grande questão envolve a identificação do bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem de capitais. O mestre ISIDORO BLANCO CORDERO destaca que:

“El bien jurídico no puede ser un puro «a priori» de una regulación concreta, pero no cabe duda de que tampoco puede ser algo «totalmente aposteriorístico»1). Para su determinación en la normativa penal española vamos a proceder, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta ambas perspectivas. Con tal propósito parece necesario conocer cuál es el sector de la realidad que el legislador pretende proteger, para ponerlo en contraste con el resultado de su actividad moldeadora en orden a detectar, no sólo el éxito o el fracaso de su intervención, sino también el alcance real de la tutela proyectada y del tipo finalmente construido2). El Código Penal regula el delito de blanqueo de capitales en el art. 301. Se encuentra ubicado en el Capítulo XIV, «De la receptación y el blanqueo de capitales», del Título XIII, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del Libro II, «Delitos y sus penas».

El precedente de esta regulación se encuentra en el art. 309 del Proyecto de Código Penal de 1992. El Preámbulo del Código Penal dice, expresamente, que en su elaboración «se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del [Proyecto] de 1992». El Preámbulo del Proyecto de CP de 1992 sostenía respecto del blanqueo de capitales el carácter de delito que «genuinamente» agrade al orden socio-económico. Queda excluido, según el Preámbulo, del ámbito de los delitos que participan de una naturaleza mixta, patrimonial-económica. El Proyecto de CP de 1992 no pretendía ser un instrumento que determinara el buen funcionamiento del sistema económico en toda su extensión, sino solamente incriminar la infracción de las «reglas mínimas de juego».

En cuanto a su naturaleza jurídica, decía el Preámbulo del Proyecto de CP de 1992 que el «punto de partida ha sido el tradicional delito de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación», aunque dotado de un mayor ámbito de actuación en cuanto al objeto material y a las conductas tipificadas. Los tipos del blanqueo de capitales estaban encuadrados en el Capítulo XVI, «De la receptación y del blanqueo de dinero», del Título XII, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», del Libro II, «Delitos y sus penas». La naturaleza jurídica de los delitos incluidos en dicho título entronca, según la propia declaración del Proyecto, con los delitos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación.

El Código Penal de 1995 tiene muy en cuenta el Proyecto de 1992 en materia de blanqueo de capitales, puesto que, además de su declaración expresa, volvió a incluir nuevamente este delito en su versión inicial entre los de receptación. No se consideró una conducta de receptación propiamente dicha como se desprende del título del Capítulo XIV («De la receptación y otras conductas afines»), sino una conducta afín⁴). Tras la reforma mediante LO 5/2010, se separa por completo de la receptación cuando se introduce una referencia expresa al blanqueo en la rúbrica: «De la receptación y el blanqueo de capitales».

Que el art. 301 CP se encuentre ubicado entre los delitos contra el orden socio-económico parece un paso adelante en la consideración económica del blanqueo de capitales. Ello ha de tener un reflejo en el bien jurídico que tal precepto pretende proteger, y puede ser un dato a favor para considerar el orden socio-económico como bien jurídico.

Sin embargo, se ha de advertir que la colocación sistemática no es un dato definitivo, sino «indiciario»; no se han de sobrevalorar las rúbricas clasificatorias puesto que «no necesariamente marcan el bien jurídico protegido a través de los delitos particulares». Llegados a este punto, es necesario «contrastar la voluntad del legislador con el resultado de su actividad moldeadora en orden a detectar, no sólo el éxito o fracaso de su intervención, sino también el alcance real de la tutela proyectada y del tipo finalmente construido».

LUIZ REGIS PRADO, com precisão, assevera que: “Sem dúvida alguma, uma das questões mais tortuosas da matéria veiculada é exatamente a do bem jurídico protegido. Inúmeras são as posturas doutrinárias a respeito, sendo prevalentes as que o consideram como sendo a Administração da Justiça e a ordem socioeconômica”. E concluiu PRADO: “Acolhe-se a última posição; vale dizer, os bens jurídicos protegidos – de caráter transindividual – são a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bens jurídicos em sentido técnico)”.

FASES DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

O processo de lavagem de dinheiro tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal – momento da origem do recurso ilícito – e se inicia com a ocultação dos valores auferidos. Desenvolve-se nas diversas operações posteriores para dissimulação da origem dos bens, e se completa pela reinserção do capital na economia formal com aparência lícita.

Assim, o processo completo de lavagem de dinheiro é composto por ao menos três fases: ocultação, dissimulação e a integração dos bens à economia formal. Não se pode olvidar que o objetivo final do processo de lavagem é a reinserção do capital à economia lícita. Cumpre destacar, por oportuno, para a melhor compreensão do case, a decomposição das fases do processo de branqueamento do dinheiro.

A primeira fase é a ocultação. Conforme leciona ISIDORO BLANCO CORDEIRO, trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares. Sem sobra de dúvidas é a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o origina.

São exemplos dessa etapa, extraídos da obra de RODOLFO TIGRE MAIA, intitulada “lavagem de dinheiro”: o depósito ou movimentação dos valores obtidos pela prática criminosa em fragmentos, em pequenas quantias que não desper-

tam atenção das autoridades públicas; a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira; depósito em contas de terceiros (famosos laranjas); a transferência do capital sujo para fora do país, para contas, empresas ou estruturas nas quais o titular dos bens não seja identificado, para posterior reciclagem.

A segunda etapa é o mascaramento ou dissimulação do capital, caracterizada, segundo TIGRE MAIA, pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita. Em geral são efetuadas diversas operações em instituições financeiras ou não (bancárias, mobiliárias etc.), situadas em países distantes, muitos dos quais caracterizados como paraíso fiscais, que dificultam o rastreamento dos bens.

São exemplos da dissimulação o envio do dinheiro já convertido em moeda para o exterior via cabo para contas de terceiros ou de empresas das quais o agente não seja beneficiário ostensivo (famosa troca de posição). Durante a lava jato foram alcançados valores recebidos no exterior por autoridades públicas. Sem sombra de dúvida é o momento mais difícil das autoridades locais alcançarem sucesso na recuperação, salvo com a cooperação internacional.

Derradeiramente, cumpre enfrentar a última fase a integração se caracteriza pelo ato final da lavagem: a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude. ISIDORO BLANCO CORDERO destaca que os ativos de origem criminosa, já misturados a valores obtidos em atividades legítimas e lavados nas complexas operações de dissimulação, são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportações simuladas, com preço excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso (loanback), o pagamento de protesto de dívida simulada via cartório, dentre outras práticas.

Embora o processo de lavagem de dinheiro se conforme com a reinserção do capital na economia lícita, a legislação brasileira não exige a completude do ciclo exposto para a tipicidade do crime em tela. Não é necessária a integração do capital “sujo” à economia lícita para a tipicidade penal. Basta a consumação da primeira etapa – a ocultação – para a materialidade delitiva, incidindo sobre ela mesma pena aplicável a dissimulação ou integração.

Portanto, o crime de lavagem de dinheiro é a ocultação de bens, valores e direitos obtidos por conta do delito antecedente, desde que o agente tenha inequivocamente a vontade branquear e reinserir o produto do crime antecedente na economia lícita.

Assevere-se que a constatação da existência de uma infração penal antecedente não é suficiente para a lavagem de dinheiro. Conforme destacado por PIERPAOLO BOTTINI “é necessário que este ilícito anterior gere um produto, o objeto material do delito em discussão”. Como é de conhecimento comum o objeto material do delito de branqueamento de capitais são bens, direitos e valores provenientes de infração penal antecedente. Dessarte, seja qual for a infra-

ção antecedente, ela só poderá gerar lavagem de dinheiro se produzir resultado ou frutos.

O mestre ISIDORO BLANCO CORDERO destaca com brilhantismo, que para a *“lavagem de dinheiro, não basta a mera constatação de um crime antecedente que gera produto. É necessário demonstrar que esse produto é justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado posteriormente. Deve existir e ser comprovado um elo objetivo entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro posterior, que pode ser reconhecido através de alguns critérios”*.

Dentro essa perspectiva há que se avançar, mais detidamente sobre do crime de corrupção passiva como antecedente lógico do crime de lavagem de capital e, especialmente, quando o fruto do exaurimento do crime contra a administração configuração o delito de branqueamento.

CORRUPÇÃO PASSIVA COMO CRIME ANTECEDENTE. EXAURIMENTO COM OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA SEMPRE CONFIGURA CRIME DE LAVAGEM?

Leciona PIERPAOLO CRUZ BOTTINI que *“A constatação da existência de uma infração penal antecedente não é suficiente para a lavagem de dinheiro”*. E segue o mestre *“É necessário que este ilícito anterior gere um produto, o objeto material do delito em discussão”*.

Como é cediço, o objeto material é aquele sobre o qual recai o comportamento ilícito, que nem sempre se confunde com o bem jurídico tutelado pela norma penal, conforme leciona ISIDORO BLANCO CORDERO. Aquele é, no mais das vezes, elemento do tipo penal, enquanto esse orienta a interpretação normativa, mesmo que não figure expressamente na descrição do comportamento vedado. O objeto material do delito de lavagem de dinheiro são bens, direitos e valores provenientes de infrações penais.

O tipo penal previsto no artigo 1º da Lei 9613/1998 ainda indica que os bens passíveis de lavagem são aqueles provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ou seja, apenas o produto ou o proveito do crime pode ser objeto de lavagem, seja na forma de proveniência direta, seja indireta. Com efeito, os bens diretamente provenientes da infração são aqueles com ligação imediata com o ilícito anterior, como o dinheiro furtado, o carro roubado, enquanto os indiretamente provenientes são resultantes da transformação ou substituição dos originais, decorrência mediata da prática delitativa como o imóvel adquirido com o dinheiro de corrupção.

Com efeito, conforme preconiza BOTTINI, para *“a lavagem de dinheiro não basta a mera constatação de um crime antecedente que gera produto”*. É necessário demonstrar que esse produto é justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado posteriormente, seguindo os ensinamentos de CORDERO. Portanto, deve existir e ser comprovado um elo objetivo entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro posterior. Dessa forma, deve ser demonstrado que os bens não existiriam, ou não estariam à disposição do agente do branqueamento, se suprimido mentalmente o ilícito anterior (causalidade).

Para ANTONIO PITOMBO tal constatação é simples em determinados crimes, como os envolvendo a administração pública, em especial o crime de corrupção passiva previsto no artigo 317 do Código Penal. Um agente público recebe propina para facilitar a liberação de um alvará de uma grande construtora, com o dinheiro percebido ilicitamente compra um imóvel em nome de terceiro, estará configurado o concurso dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro na espécie.

Por outro lado, consoante lição de PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção. Tome-se como exemplo o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal: *“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”*. O tipo penal indica dois comportamentos típicos, solicitar ou receber, mas apenas o segundo importa aqui porque o ato de solicitar vantagem indevida sem recebê-la, embora caracterize o ato consumado de corrupção passiva, não gera produto passível de ocultação ou dissimulação. Pois bem, o recebimento da corrupção passiva pode se dar de forma direta ou indireta. O próprio agente pode receber a vantagem indevida, bem como terceiros podem fazê-lo em seu nome, como interpostas pessoas. Ambas as hipóteses estão contidas expressamente no tipo penal do art. 317 do Código Penal. Assim, se um funcionário público recebe vantagens indevidas por interposta pessoa, há corrupção passiva consumada.

Destarte, nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção, tal como ocorre quando o funcionário público recebe vantagem indevida oriunda de corrupção passiva em nome de sua esposa.

Cumpra ressaltar que o Colendo Supremo Tribunal Federal discutiu esse específico tema nos autos da Ação Penal nº 470 (Mensalão), no caso de um servidor público que recebeu valores em razão do exercício de suas funções através de sua esposa, que buscou o dinheiro em espécie na agência bancária. Na hipótese, a Procuradoria Geral da República ofereceu denúncia pela prática – em concurso de delitos – de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A Corte Suprema afastou a incidência do segundo delito por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores integra expressamente o tipo penal de corrupção passiva. Essa forma de ocultação, portanto, está contida no artigo 317 do Estatuto Repressivo, de forma que o delito de lavagem de dinheiro é absorvido pelo crime antecedente.

Na oportunidade, a Ministra Rosa Weber, apontou, de forma precisa, que: *“Nessa linha, a utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objeto 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 iceberg, como a ponta de esquema de proporções mais amplas, propiciem maior reflexão sobre a matéria". (voto Min. Rosa Weber, fls. 1086 do acórdão da Apn 470)

Na mesma linha, o saudoso Ministro Teori Zavasck, assevera que: *"Bem se vê, portanto, que a imputação que recai sobre o embargante é o ato de receber os valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, pela circunstância de ter sido realizado de forma clandestina, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento direto ou indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do Código Penal (solicitar ou receber (...) direta ou indiretamente (...) vantagem indevida)". (Apn. 470)*

Por fim, há que colacionar a decisão do Ministro Roberto Barroso que, no julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão), pontuou que: *"O recebimento, por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida".*

O mesmo ocorre quando o pagamento da propina é por meio de financiamento de um veículo para o agente público corrupto. Não há que se falar em ocultação na espécie, mas sim de exaurimento do crime de corrupção ativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento indireto de valores frutos da corrupção passiva, há contidência entre os tipos penais, aplicando-se a consunção, absorvendo-se o delito de branqueamento de capitais, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

In casu, o pagamento da suposta propina ao delegado pela corruptora consistiu por intermédio do financiamento de um veículo em nome de interposta pessoa, razão pela qual a ocultação da vantagem ilícita é elemento do crime de corrupção passiva na espécie.

Não há que se falar, na hipótese vertente, em ocultação de bens, valores ou direitos, decorrentes de infração penal antecedente, uma vez que não há atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida.

Dessa forma é estreme de dúvida de que a constatação da existência de uma infração penal antecedente não é suficiente para a lavagem de dinheiro. Conforme destacado por PIERPAOLO BOTTINI *"é necessário que este ilícito anterior gere um produto, o objeto material do delito em discussão"*. Como é de conhecimento comezinho o objeto material do delito de branqueamento de capitais são bens, direitos e valores provenientes de infração penal antecedente. Dessarte, seja qual for a infração antecedente, ela só poderá gerar lavagem de dinheiro se produzir resultado ou frutos.

O mestre ISIDORO BLANCO CORDERO, Professor de Direito Penal da Univer-

sidade de Alicante – ESP, assevera com brilhantismo que para a “lavagem de dinheiro, não basta a mera constatação de um crime antecedente que gera produto. É necessário demonstrar que esse produto é justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado posteriormente. Deve existir e ser comprovado um elo objetivo entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro posterior, que pode ser reconhecido através de alguns critérios”.

Assim, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento indireto de valores frutos da corrupção passiva, há contigüência entre os tipos penais, aplicando-se a consunção, absorvendo-se o delito de branqueamento de capitais, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

Dessa forma, nem sempre ocorrerá o crime de lavagem decorrente dos valores obtidos com a corrupção, ou melhor explicando, nem sempre a propina quando ingressar na esfera de disponibilidade do corrupto incidirá as penas da lei de lavagem. Um exemplo claríssimo ocorre quando o agente público recebe a propina por intermédio do financiamento de um veículo, uma vez que haverá, inexoravelmente, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)**. Iustitia, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, n. 8, p. 59–86, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2HpHi2z>>.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- GARCÍA, Francisco Jiménez. **Blanqueo de capitales y Derecho internacional**. Voces de Cultura e de la Legalidad. 2018.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade Pela Omissão de Informações**. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.
- PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico: Ordem Econômica e Tributária, Sistemas Financeiro e Previdenciário, Consumo, Licitação, Lavagem de Capitais, Crime Organizado**. 8ª São Paulo: Editora Forense, 2018.
- TAVAREZ, Juarez; MARTINS, Antonio. **Lavagem de dinheiro: Fundamentos e Controvérsias**. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.

TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alair. **Crime e Política: Corrupção, Financiamento Irregular de Partidos Políticos, Caixa Dois Eleitoral e Enriquecimento Ilícito.** São Paulo: Editora FGV, 2017.

idp