



## Direito de Defesa: Reflexões sobre a AP 470 e a lavagem de dinheiro

Spacca

Ao final do ano passado encerrou-se a primeira etapa do julgamento da Ação Penal 470, com a decisão ainda provisória a respeito de crimes e penas, diante da qual foram impostos embargos de declaração e um infringente. Tudo indica que a retomada dos debates acontecerá neste semestre, razão pela qual iniciamos uma pequena série com alguns comentários a respeito dos pontos jurídicos mais relevantes até agora discutidos no Supremo. Escrever sobre a Ação Penal 470 exige cautela. Em primeiro lugar porque se trata de um processo, como já apontado, *inconcluso*. Em segundo lugar, é preciso destacar que este autor esteve pessoalmente envolvido no caso, na qualidade de advogado de um dos réus. Por isso, por mais que se tente afastar a reflexão acadêmica da parcialidade inerente à atividade advocatícia, a primeira de certo acaba afetada pelo contexto da segunda.



Por isso, feitas as considerações que a lealdade intelectual exigem, passemos à análise de alguns temas sobre os quais o STF se debruçou durante os últimos meses do ano passado<sup>[1]</sup>.

### Ponto um: a Ação Penal 470 e a lavagem de dinheiro

Segundo o acórdão — ainda não transitado em julgado — os réus teriam praticado crimes contra a *administração pública* — notadamente *peculato e corrupção* —, crimes contra o *sistema financeiro nacional* e, posteriormente, ocultado ou dissimulado o produto de tais delitos através de um sistema de *empréstimos simulados e saques encobertos* de dinheiro em espécie.

A análise a seguir empreendida não tem o escopo de se debruçar sobre fatos e provas. O objetivo é apenas apresentar as principais orientações do Supremo sobre *lavagem de dinheiro*.

No plano *objetivo*, embora as condutas descritas na Ação Penal 470 sejam heterogêneas, algumas orientações foram fixadas, como (i) o reconhecimento da admissibilidade da *autolavagem de dinheiro*, (ii) o afastamento da *complexidade da dissimulação* como elemento implícito do tipo penal, e (iii) os requisitos para o *concurso* entre *lavagem de dinheiro* e *corrupção* passiva<sup>[2]</sup>.

Tratemos das duas primeiras nesse momento, deixando as demais para a próxima semana.

A primeira questão enfrentada pelo STF foi o reconhecimento do *concurso de crimes* nos casos de *autolavagem de dinheiro* (*selflaundering*), quando o autor do *crime antecedente* também efetua a *reciclagem* de seu produto. Nesses casos, a Corte entendeu possível a condenação pelos *dois delitos*, em *concurso*<sup>[3]</sup>.

A questão é controversa, inclusive no plano internacional. Há países, como a Itália, cujos Códigos Penais excluem expressamente o autor do crime antecedente do âmbito da *lavagem de dinheiro*, ou seja, fazem a *reserva de autolavagem* (artigo 648, bis). Outros, como a Espanha (artigo 301, 1) e Portugal (artigo 368-A, 2) fazem referência direta à punição da autolavagem como *concurso de crimes*.

A lei brasileira não veda expressamente a *autolavagem*, mas o STF seguiu inúmeros precedentes já



existentes na jurisprudência pátria (inclusive do próprio órgão), interpretando tal silêncio como autorizador da *dupla punição*[4]. Ou seja, admitiu imputar à *mesma pessoa* a responsabilidade pela *lavagem de dinheiro* e pela *infração antecedente* caso tenha concorrido para ambos. E parece correta tal posição, porque o *bem jurídico* protegido pela norma de branqueamento de capitais (administração da Justiça[5]) é, em regra, diferente daquele afetado pela infração anterior, e a distinção material permite a punição em *concurso material* sem que exista o *bis in idem*, desde que inexistente qualquer hipótese de *consunção*.

No crime de *lavagem de dinheiro*, portanto, não incide a exoneração do autor do ilícito antecedente, como ocorre nos casos de *favorecimento real* (art.349 do CP). E isso pelos seguintes motivos:

i) o tipo penal de *favorecimento real*, assim como a *lavagem de dinheiro*, tutela a *administração da Justiça*. [6] Portanto, em ambos o *bem jurídico* protegido é distinto (em regra) daquele lesionado pelo crime anterior e seria aplicável a *dupla incriminação*. No entanto, no *favorecimento real* o tipo penal expressamente afasta a punição do autor original, [7] enquanto na *lavagem de dinheiro* a ressalva inexistente.

ii) Mas, ainda que o crime do artigo 339 do CP não indicasse expressamente a exoneração do autor do crime original, a punição do autor do delito antecedente seria descabida pela *inexigibilidade de conduta diversa*, pois não parece possível impor ao agente de um delito prévio que não tome medidas e precauções para tornar seguro o proveito dele decorrente [8]. Esse raciocínio, no entanto, não se aplica à *lavagem de dinheiro*. Ainda que esse último delito também afete a *administração da Justiça*, ele o faz de forma mais *incisiva*, mais *intensa*, pois o agente não se contenta em tornar seguro o proveito do crime. Ele vai além, busca tal *segurança* através da *reciclagem*, do *mascaramento*, da reinserção dos bens na economia formal, com aparência lícita. Trata-se de uma lesão *qualificada* à administração da Justiça que afasta a *inexigibilidade de conduta diversa*. Do agente do crime anterior se espera que atue para *tornar seguro o proveito do crime*, mas não que o faça por meio de *manobras* para conferir a ele um *manto de licitude*, por meio de operações financeiras e comerciais de aspecto legítimo.

Em suma, esse *plus* em relação ao mero *proveito seguro do produto do crime* justifica a possibilidade de punição do autor do delito anterior pela *lavagem de dinheiro* por ele praticada subsequentemente. Por isso, correta a interpretação da Suprema Corte, indicando o crime de lavagem de dinheiro como *comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, até mesmo pelo agente ou partícipe da infração anterior.

A segunda orientação também não é inovadora: o STF reconheceu — como já o fizera [9] — que o ato de ocultação necessário à lavagem de dinheiro não exige complexidade ou sofisticação. Ainda que simples, precário e primário, o *mascaramento* pode materializar *lavagem de dinheiro*.

Efetivamente, a redação legal não prevê que os atos de *dissimulação* sejam *elaborados* para a caracterização do crime em discussão. Como já apontava o então ministro Sepúlveda Pertence, “quer o fato retrate modalidade tosca e elementar de lavagem do dinheiro sujo, quer materialize momento inicial de um processo mais complexo a desenvolver”, basta o *escamoteamento* à tipicidade da *lavagem de dinheiro*. [10] O simples ato de *esconder* os bens ou *movimentá-los* de forma capaz de ludibriar a fiscalização é considerado típico do ponto de vista objetivo, desde que acompanhado da *intenção específica* de *reinseri-los* na economia formal sob um manto de legalidade aparente.

Questão mais complexa envolve a discussão sobre as condenações em concurso de delitos pela prática



---

de *lavagem de dinheiro* e pelo crime de *corrupção*. O assunto, que demandará alguma reflexão, será abordado na próxima coluna.

[1] Para mais detalhes sobre a análise dos temas expostos, ver nosso *A lavagem de dinheiro na ação penal 470*, na edição especial RT n.933, jul.2013.

[2] Outras questões também relevantes referentes à *lavagem de dinheiro*, como os requisitos para caracterização do concurso deste delito com *gestão fraudulenta*, com *evasão de divisas*, e a existência da *prática do antecedente* por meio de *organização criminosa* no ordenamento jurídico, não serão abordadas no presente estudo.

[3] Para uma visão geral do tema, Cabana, *Los autores del delito*, p.150. Gómez de La Torre e Fabián Caparrós, *La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales*, p. 75.

[4] . Assim tem entendido os Tribunais pátrios. Ver STF, Inq. 2471/SP, j. 29.09.11, STF, HC 92.279/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 19.9.2008, STJ, RESP 1234097/PR, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 17.11.2011. Na doutrina, ver Carpio Delgado, Juana Delgado, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Tirant lo blanch, 1997, p. 236 e Callegari, André Luís. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro, *RBCC*, v. 8, n. 31, p. 183-200, jul./set. 2000. Maia, *Lavagem de dinheiro*, p. 92, Bonfim e Bonfim, *Lavagem de dinheiro*, p. 57, Callegari, *Lavagem de dinheiro*, p. 324, Nucci, *Leis penais especiais*, p. 827

[5] Para uma análise da Administração da Justiça como bem jurídico protegido pela Lei 9.613/98, ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz, e BADARÓ, Gistavo Henrique, *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2012.

[6] Silva, *Favorecimento criminal*, *passim*.

[7] Art. 349 – Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime (sem grifos no original).

[8] Para uma explicação completa da exoneração do autor do crime original no *favorecimento*, ver Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 3. ed. Cap. VI, 6.1.

[9] RHC 80.816-6/SP, 1.ª T., j.18.06.2011, Rel. Min. Sepulveda Pertence

[10] Voto de Sepulveda Pertence nos autos do RHC 80.816-6/SP, 1.ª T., j.18.06.2011.

#### **Date Created**

16/07/2013