

Opinião: A lavagem de ativos no caso de ganho oculto de vantagem

08/04/2019

Na hipótese em que o agente público, em razão da função, recebe vantagem indevida utilizando-se de algum expediente de ocultação, há somente corrupção passiva ou também lavagem de ativos? A suprema corte respondeu a essa pergunta no caso mensalão (Ação Penal 470/DF), estabelecendo que, nesse caso, estaria configurada somente a corrupção passiva, em razão da aplicação do princípio da consunção.

O caso concreto que serviu de paradigma foi o do agente público que recebe o numerário por interpostas pessoas (parentes, laranjas ou testas de ferro), hipótese clássica de ocultação, que, por remansosa jurisprudência, configura o delito de lavagem de ativos.

Embora tenha havido uma certa heterogeneidade de argumentos ao longo do julgamento, seguem trechos do voto da ministra Rosa Weber que bem resumem a *ratio decidendi* da jurisprudência firmada:

“O só recebimento maquiado, escamoteado, clandestino de vantagem indevida — maquiagem, fantasia ou dissimulação que pode ocorrer via interposta pessoa —, seja por integrar a própria fase consumativa da corrupção passiva, seja por traduzir mero exaurimento do crime, não configura lavagem de dinheiro. E isso justamente porque o também chamado branqueamento de capitais consiste justamente em ocultar ou dissimular a origem criminosa do objeto da lavagem”[1].

Com o passar dos anos, algumas decisões de primeira instância e de tribunais buscaram efetuar uma clivagem nesse entendimento jurisprudencial. Em síntese, as decisões buscaram excluir do âmbito da jurisprudência as hipóteses em que o recebimento de forma oculta se dá em tipologias supostamente mais complexas de ocultação que a simples interposição de pessoas (empresas de fachada, *offshores* ou outras estruturas jurídicas no exterior). Propugnou-se, ainda, que a lavagem de ativos deveria ser, em todo caso, punida por proteger bem jurídico diverso daquele protegido pelo crime de corrupção.

Com a deflagração da operação "lava jato", o tema ganhou relevância extremada, dada a proliferação de condenações na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná por lavagem de ativos de réus que teriam, supostamente, recebido vantagens por meio de algum expediente de ocultação. De início, aplicou-se o concurso formal para tais casos. No entanto, a partir de determinado momento, o juízo da 13ª Vara passou a aplicar o cúmulo material nos casos em que considerou haver tipologias complexas de ocultação. Ou seja, não só havia a punição por ambos os crimes como a aplicação do gravoso concurso material, que impõe a soma das penas.

A suprema corte, por outro lado, em julgados da 2ª Turma da mesma operação "lava jato", reforçou a sua jurisprudência. Basta verificar os acórdãos das ações penais que foram julgadas no colegiado: caso Nelson Meurer (Ação Penal 996/DF) e caso Gleisi Hoffmann e Paulo

Bernardo (Ação Penal 1.003/DF). Neste último caso, embora tenha havido absolvição *in totum*, é de se registrar que o voto minoritário do ministro Luiz Edson Fachin considerou exaurida a acusação de lavagem na hipótese específica, que tratava do recebimento da vantagem por interpostas pessoas.

Foi diante de tal cenário de dissonância entre julgados do Supremo Tribunal Federal e das instâncias inferiores, havida por vezes, no âmbito do mesmo plexo de casos da operação "lava jato", que se mostrou de fundamental importância que a questão seja uniformizada.

E é nesse contexto que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deverá decidir, nesta terça-feira (9/4), se a jurisprudência da corte será mantida intacta. Será julgado o Habeas Corpus 165.036/PR, em que figura como paciente o ex-deputado Eduardo Cunha e são impetrantes os autores do presente artigo. Na hipótese, a Procuradoria-Geral da República sustentou que não deve ser aplicado o princípio da consunção pelo fato de, em sua análise, o recebimento de vantagem ter se dado, supostamente, em uma estrutura jurídica chamada de *trust* em benefício do paciente na Suíça. Argumentou, ainda, que os tipos penais de corrupção passiva e de lavagem de ativos protegem bens jurídicos distintos, sendo insuscetível de aplicação, por conseguinte, o princípio da consunção.

Como se passa a demonstrar, a suprema corte deve manter a sua jurisprudência por estar configurada exatamente a mesma hipótese que deu origem à sua jurisprudência: o paciente estaria sendo punido duplamente por um único ato, o suposto recebimento.

A questão central reside na aplicação do princípio da consunção. Trata-se, como é sabido, de um instituto de política criminal que homenageia a vedação ao *bis in idem*. Nela, há uma relação de causalidade, de meio e fim entre os tipos penais. A relação que une a lavagem ao que seria seu crime antecedente (corrupção passiva), mais que instrumentalidade, assume contornos de verdadeira pertinência. É dizer: um dos crimes se insere no contexto do outro, maior, e com mera fase dele se confunde, o que torna descabido imputar os dois crimes ao réu. Pelo bem da didática, segue lição de Nelson Hungria que resume com a maestria que lhe era peculiar o referido princípio:

“Uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada da efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio que major *absorbet* minorem. Os fatos, aqui, também não se acham em relação de *species* a genus, mas de *minus* a *plus*, de parte a todo, de meio a fim”[2].

Nesse contexto, nos casos do artigo 317 do Código Penal (crime mais severamente apenado que a lavagem de ativos), o meio de recebimento é o ato típico central da corrupção passiva. Assim, o ato do recebimento não permite a dupla punição, ainda que realizado por meio de expediente complexo. Em outras palavras, o meio de realização do crime de corrupção (o recebimento da propina) está, objetivamente, contido nesse delito, seja qual for o meio utilizado. Afigura-se irrelevante, portanto, o nível de complexidade do meio de ocultação, se por meio de pessoa interposta ou por meio de uma estrutura jurídica no exterior. A consunção, em qualquer dessas

hipóteses, alcançará o próprio ato de recebimento. Todavia, é importante registrar que eventuais transações posteriores, realizadas com o objetivo de ocultar ainda mais ou dissimular o produto do crime, não estarão exauridas.

De fato, os precedentes norte-americanos que influenciaram a formação do precedente do caso mensalão (Ação Penal 470/DF) estabeleceram, justamente, que a lavagem não se pode dar no mesmo ato do recebimento do produto do crime. Confira-se, nesse sentido, os excertos de jurisprudência trazidos pela ministra Rosa Weber no caso mensalão:

- United States v. Butler, 211 F.3d 826, 830, decidido pela Corte de Apelações Federais do Quarto Circuito em 2000, "a lavagem de fundos não pode ocorrer na mesma transação por meio da qual os mesmos se tornam pela primeira vez contaminados pelo crime";
- United States v. Mankarious, 151 F.3d. 694, decidido pela Corte de Apelações Federais do Sétimo Circuito em 1998, "o ato que gera o produto do crime deve ser distinto da conduta que constitui a lavagem de dinheiro";
- United States v. Howard, 271 F. Supp. 2d 79, decidido pela Corte de Apelações Federais do Distrito de Columbia em 2002, "a lei de lavagem de dinheiro criminaliza transações com produto de crime, não transações que criam o produto do crime"; e
- United States v. Puig-Infante, 19 F.3d 929, decidido pela Corte de Apelações Federais do Quinto Circuito, "a venda de drogas não é uma transação que envolve lavagem de produto de crime porque o dinheiro trocado por drogas não é produto de crime no momento em que a venda ocorre"[3].

Como se vê pelos julgados acima, o primeiro argumento para buscar uma mudança da jurisprudência — complexidade do meio de ocultação — é irrelevante. O ato de recebimento não poderá ser punido de forma dúplice, qualquer que seja o nível de complexidade do meio de ocultação. Somente atos posteriores ao recebimento é que poderiam ser punidos pela lavagem de ativos.

O segundo argumento levantado nas decisões inferiores e pela Procuradoria-Geral da República no âmbito da suprema corte é o de que a corrupção passiva e a lavagem de ativos protegem bens jurídicos diferentes.

Contudo, é de se registrar que a teoria dos bens jurídicos também não socorre aos que a alegam. A tese de que a consunção não deve ser aplicada entre a lavagem e a corrupção por protegerem bens jurídicos distintos foi desconstruída em lapidar artigo dos professores André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber, cujo trecho se transcreve:

No tocante ao bem jurídico protegido pela lei de lavagem de dinheiro, em que pese nosso entendimento no sentido de que o bem jurídico protegido no delito de lavagem de dinheiro seja a ordem socioeconômica nacional, **a doutrina nacional não é uníssona nesse ponto, pendendo para a administração da Justiça como bem jurídico tutelado pela legislação antilavagem.** Assim, **constata-se a impossibilidade de concurso material entre os delitos de lavagem de dinheiro e corrupção passiva**, eis que ambos protegem o mesmo bem, qual



seja, a administração pública em sentido amplo, conforme previsão expressa no Título XI do Código Penal brasileiro[4].

Nos termos preceituados no artigo transcrito, a ofensa à administração pública está no desiderato de ambos os tipos penais, o que torna incompreensível a argumentação tecida de que os delitos ofendem bens jurídicos diferentes.

Em suma, a tentativa do Ministério Público Federal e das instâncias inferiores de modificar a jurisprudência ou, no mínimo, de criar um *distinguishing* não deve prosperar.

Como se viu, a complexidade maior ou menor do meio de ocultação é apenas uma forma de confundir a discussão. Isso porque o fator determinante da aplicação da consunção é a ocultação ter se dado no mesmo ato do recebimento. Simples assim e irrelevante o quão complexo foi o expediente utilizado. A complexidade do meio de ocultação no ato de recebimento poderia ser um fator somente para o agravamento da pena aplicada à corrupção passiva na fase do artigo 59 do Código de Processo Penal.

Socorrer-se da teoria dos bens jurídicos também se revelou uma argumentação desastrada, uma vez que ambos os tipos penais “protegem o mesmo bem, qual seja, a administração pública em sentido amplo”[5].

Como se vê, ambos fundamentos trazidos pelos que pretendem modificar a jurisprudência da corte suprema não alteram, minimamente, a *ratio decidendi* do que foi estabelecido no caso mensalão (Ação Penal 470/DF).

Apesar da clareza do que se defende no presente artigo, a situação atual é de convivência de dois entendimentos antagônicos, proferidos, por vezes, no mesmo plexo de casos: o da operação “lava jato”. No quadro presente, a circunstância de uma pessoa não ter a prerrogativa de foro perante a suprema corte está sendo decisiva para que sua punição seja duplicada. Trata-se de uma incongruência inaceitável. Portanto, é de fundamental importância que o Supremo Tribunal Federal examine tais fundamentos e os rejeite e, com isso, coloque uma pá de cal na recalcitrância das instâncias inferiores.

[1] Ação Penal 470/DF, DJe 22/4/2013, fls. 52.885/52.886.

[2] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Forense, 1980, v. I, tomo I, p.147-148

[3] Ação Penal 470/DF, DJe 22/4/2013, fls. 52.885/52.886.

[4] WEBER, Ariel Barazzetti; CALLEGARI, André Luiz. "Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro". In <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro>.

[5] WEBER, Ariel Barazzetti; CALLEGARI, André Luiz. "Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro". In <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro>