

Bernardo Coelho: Crime tributário e sopa de letrinhas

11/12/2022

Este artigo é uma despretensiosa tentativa de esclarecer uma controvérsia que, apesar de já estar mais ou menos pacificada na doutrina especializada, vez ou outra volta para assombrar alguns inquéritos e ações penais.



Para diminuir o risco de gastar tempo maior que o

necessário dos eventuais ou acidentais leitores que não se interessam sobre o tema, assumiremos, no próximo parágrafo, o risco de soarmos muito mais assertivos do que a responsabilidade intelectual costuma aconselhar.

Os "Crimes Tributários" da Lei 8.137 de 1990, assim como os "Crimes Licitatórios", que até pouco tempo atrás residiam na Lei das Licitações (8.666/93), mas agora estão morando no triste e escuro Código Penal, na vizinhança dos Crimes Contra Administração Pública, no quarteirão dos Crimes Cometidos Por Particular Contra a Administração Em Geral, não servem como crimes antecedentes para o crime de lavagem de dinheiro!

Não temos gosto algum por afirmar verdades em tom oracular. Aliás, fomos convencidos por Tarski [1] de que somos antirrealistas (é possível que estivesse tentando nos convencer do contrário, eis que admitimos que a única coisa que, com certeza, entendemos corretamente daqueles livros difíceis, é que somos muito menos inteligentes do que matemáticos lógicos filósofos russo-poloneses).

Contudo, a companhia de quase todos os doutrinadores de que temos notícia, que a nosso lado estudam a temática desde antes da redação atual do tipo penal (mais de uma década), nos dá certo conforto na afirmação. Afinal, provavelmente, são também muito mais inteligentes do que o autor que voscreveis!

Em se tratando de Direito Penal Econômico, muita coisa permanece ainda nebulosa para todo mundo que opera ou estuda Direito Penal no Brasil.

Nos parece que uma gorda fatia das confusões, se deve ao fato da legislação pertinente não ser parte de um código único, ordenado de maneira coerente, como é caso do nosso Livrinho de Maldades favorito (Código Penal), que desde 1940, de maneira razoavelmente organizada, aplica aos brasileiros uma montanha de penas medievais, caso ousem praticar certas condutas que, muitas vezes, nem mesmo deveriam ser criminalizadas!

As regras que sustentam o caótico multiverso do Direito Penal Econômico, se encontram quase todas espalhadas em um emaranhado de leis esparsas, como a Lei 7.492/86 (Crimes Financeiros), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), 8.137/90 (Crimes Tributários), 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), Lei 8666/93 e mais um bocado de outros institutos legais.

A maioria dessas leis foram criadas em épocas diferentes, por motivos muito distintos, de acordo com a conveniência de cenários históricos, sociais e econômicos frequentemente opostos. E aprovadas, ainda, por políticos cujas únicas semelhanças eram não entenderem muita coisa de direito e o gosto pelo tingimento de seus cabelos de marrom.

Aliás, algumas dessas leis nem mesmo se encontram em diplomas de natureza penal, havendo sido inseridas, por exemplo, em códigos de Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Ambiental e até mesmo de Direitos do Consumidor.

Até adquirirmos certa experiência de trabalho e de estudo nessa área tão específica do Direito Penal, sempre que buscávamos as leis que a definem, no massivo rol de páginas que compõe a legislação brasileira, quase sempre nos recordávamos, emocionados, dos tempos de faculdade. Daquela época em que abríamos pelas primeiras vezes *vade-mécums* gigantescos, de impossível manuseio, onde estava, em letras quase sempre miudinhas, a totalidade da legislação brasileira.

Na verdade, já estudava com meu querido professor e orientador Guilherme José Ferreira da Silva, quando, em 2003, publicou obra sobre a Incapacidade Criminal de Pessoas Jurídicas [2].

Meus primeiros estudos sobre regras de Direito Penal Econômico, justamente aquelas que se encontram no Código Ambiental, se deram quase vinte anos atrás, sob supervisão do professor Guilherme José. Criminalista, cujo avassalador conhecimento de Direito Penal só encontrava rivalidade na infinidade de sua própria ternura e gentileza, ao passo que meu orgulho e felicidade de ter sido seu aluno e orientando somente se igualam à saudade e a dor de tê-lo perdido muito cedo. Um medonho acidente, do qual a menor lembrança me gela a espinha, embrulha o estômago e umedece os olhos.

Outra parte da celeuma que impera sobre o "whitecolarverso", gostamos de atribuir à relativa juventude das leis e do projeto de combate aos "crimes do colarinho branco".

É completamente natural que se leve certo tempo para que o direito brasileiro entenda, com alguma precisão, suas próprias leis. E ainda mais tempo, para que se crie um bom número de decisões definitivas dos Tribunais Superiores. Mesmo que hoje haja um vasto batalhão de advogados, bacharéis e estudantes de direito espalhados por nossa Terra de Santa Cruz!

Somamos nessa equação, o fato de se tratar de um tema terrivelmente abstrato, igualmente meticuloso e que já se encontra muito mais avançado na academia do que nos tribunais, e

temos um delicioso, confuso e refrescante debate, que vem arrebatando os corações e derretendo os neurônios de muitos jovens advogados, juízes, promotores de justiça, professores e alunos de direito.

O crime de lavagem de dinheiro, como tal definido pela lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, é de uma espécie que chamamos de "Crime Parasita", ou "Crime Acessório". Pois, para sua configuração, é necessária a existência de crime anterior, ou crime antecedente.

Facilita demais o presente exercício a compreensão de alguns elementos chave deste tipo. *Let's bora!*

*"Artigo 1º da Lei 9.613: **Ocultar ou dissimular** a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores **provenientes**, direta ou indiretamente, **de infração penal**."*

Ocultar ou dissimular: Para dizer que alguém cometeu o crime de lavagem de dinheiro, é necessário que o indivíduo tenha ocultado (escondido) bens, direitos ou valores, ou dissimulado (feito parecer diferente) pelo menos uma das seguintes características do trio [3]: sua natureza, sua origem, sua localização, a movimentação ou a propriedade dos valores.

Provenientes: Aqui não há opção: precisa sempre tratar de bens, valores ou direitos recebidos, vindos de outro lugar, acrescentando, aumentando um patrimônio.

De infração penal: Novamente o legislador não permite qualquer outra opção: O bem, o valor ou o direito [4] precisam ter origem em crime ou contravenção penal, ou recebido em troca de seu cometimento.

É exatamente esse elemento que garante a absoluta necessidade de existência de crime anterior, que no caso chamamos de crime antecedente. Se o dinheiro precisa ter se originado em crime, ou em troca dele ter sido recebido, não existe qualquer possibilidade de lavagem de dinheiro sem que exista crime anterior, que pode ou não ter sido cometido pelo mesmo agente.

Ainda que seja entendimento do poder judiciário que não sejam necessárias provas cabais e definitivas do crime antecedente, condenação pretérita, e nem mesmo julgamento simultâneo daquele, exige-se sua indicação, com indícios razoáveis de sua existência.

Por fim, não chega a ser necessário o sucesso, nem mesmo a tentativa, de reinserir aquele bem à economia, mas é preciso demonstrar que era essa a intenção do agente.

Isso quer dizer que lavagem de dinheiro não é a utilização do produto de um crime. Quem rouba uma geladeira e a esconde em um sítio, para dela se utilizar; ou quem compra com dinheiro recebido pelo crime de corrupção ativa um imóvel para residir com sua família, mesmo que o registre em nome de terceiros, não comete crime de lavagem de dinheiro.

O caráter necessário dos elementos apontados, torna absolutamente impossível que os crimes de fraude em licitação ou de sonegação fiscal sejam suficientes para caracterizar posterior lavagem de dinheiro, mesmo quando exista prova concreta de seus cometimentos e até mesmo quando já houver condenação.



No caso do crime de sonegação fiscal ou tributária, não existe criação ou recebimento de valores, mas tão somente uma "economia ilegal" por parte do sonegador.

Ainda que se diga, muitas vezes, que o sonegador ficou mais rico ou aumentou seu patrimônio, o que deveria ser dito é que deixou de ficar mais pobre, ou que evitou, ilegalmente, a diminuição obrigatória de seus recursos!

Não existe na hipótese qualquer espécie de acréscimo ou aumento da esfera patrimonial do sonegador, ou de quem quer que seja, mas única e somente a não diminuição obrigatória da mesma.

O dinheiro sonegado também não veio de um lugar externo ao patrimônio do cidadão. Pelo contrário, já estava ali quietinho. Simplesmente deixou de ir para onde deveria.

Nenhum valor se origina de sonegação, mas sim da arrecadação de empresa ou de indivíduo. A sonegação tributária não gera dinheiro novo, mas simplesmente busca uma maneira criminoso de evitar que seu agente o entregue para o fisco.

Quando falamos de fraude em licitação, estamos falando dos crimes, até ano passado, insculpidos nos artigos 90 e seguintes da Lei das Licitações, que foram agora transferidos, pela lei 14.133/21, aos artigos 337-F e seguintes, do nosso — nem tão bom, mas já bastante velho — Código Penal.

Não sabemos ao certo se é pertinente o comentário, mas uma vez que adoramos ser autores de comentários impertinentes, não nos pareceu muito inteligente, por parte do legislador, a mencionada transferência.

Pode até ser louvável o esforço de buscar condensar, no Código Penal, a maioria das tipificações penais. Mas temos a impressão que transformar nove artigos de lei em onze artigos de numeração idêntica, diferenciados somente pelas letras que aos números sucedem, levará a uma verdadeira enxurrada de menções a tipos penais completamente diferentes daqueles que se pretendia citar.

Se as regras de Direito Penal Econômico nos trouxeram, muitos anos atrás, doces lembranças de nossa amada Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, outro dia quando abrimos o códex punitivo, a recordação que nos preencheu a alma foi de tempo muito anterior, quando ainda procurávamos formar palavras nas tigelas de sopa de letrinhas.

Voltando ao assunto, que prometo encerrar com muita brevidade (até mesmo porque fui tomado por um subido desejo de comer uma boa sopa), no caso das condutas criminosas que buscam, por exemplo, frustrar através de fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório; ou que, de qualquer maneira, por qualquer motivo que seja, favoreçam a vitória de candidato (ou empresa) concorrente, pode-se aplicar lógica idêntica àquela que aplicamos ao crime de sonegação.

Não é a fraude, propriamente dita, que gera qualquer recebimento de valores para os licitantes. O dinheiro recebido pela empresa, ou pelo indivíduo, tem origem no pagamento realizado pelo órgão contratante, em troca do serviço eventualmente prestado.

E até mesmo nas hipóteses em que a fraude gera prejuízo ao erário, e ganho de valores aumentados para os contratados, como ocorre nas hipóteses de superfaturamento ou de simulação de entrega de materiais e serviços, não há que se falar em espécie de crime capaz de permitir posterior lavagem de dinheiro.

Isso porque lavagem de dinheiro não depende apenas do recebimento de valores ilegais ou de acréscimo patrimonial criminoso, mas também da ocultação desses valores, com a intenção de, futuramente, inseri-los à economia com cara de legalidade.

E é absolutamente impossível ocultar o recebimento de valores repassados, pela administração, aos que com ela contratam após vencer licitação.

Em primeiro lugar, pela própria existência de contrato, publicado sempre pela imprensa oficial.

Em segundo, pelo fato do recebimento dos valores se dar, invariavelmente, através de depósito do ente público na conta bancária pessoal do contratado (ou da empresa contratada).

E em terceiro, por ser sempre emitida a nota fiscal, também em nome do contratado, anteriormente à transferência de quaisquer quantia.

Em outras palavras, qualquer valor recebido como resultado dos crimes licitatórios vem com garantias de seu conhecimento por parte da administração; dos membros do Ministério Público; dos órgãos de controle do dinheiro público, de instituições financeiras, e até mesmo de qualquer cidadão interessado.

Todo mundo sempre sabe exatamente quanto, onde, por quem, para quem e por que cada centavo foi recebido!

Por fim, em todas as hipóteses de recebimento de valores oriundos de qualquer dos crimes licitatórios, bem como na hipótese dos valores economizados ilegalmente através da sonegação fiscal ou tributária, é completamente desnecessária a lavagem de dinheiro. Qualquer ação nesse sentido já, é desde o nascedouro, uma proverbial perda de tempo.

Ora bolas, para todos os efeitos, são valores legítimos e legais, desde o momento em que são recebidos, ou pelo menos já tem aparência de o serem.

E já que estamos falando "lavagem", nos permitimos a licença didática de usar a mesma imagem para explicar o que acabamos de dizer: lavar qualquer dinheiro, relativo aos crimes descritos, seria o mesmo que buscar uma camisa completamente limpa na lavanderia, e querer levá-la para ser, imediatamente, lavada novamente na lavanderia ao lado.

Não se lava dinheiro limpo, tampouco se busca dar a aparência de limpeza para um dinheiro que já parece limpo.

Indico antes de ir, a todos, a iluminada obra dos doutores Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró: *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais* [5].

Salvo engano é neste mesmo livro que o doutor Pierpaolo demonstra, com o brilhantismo que lhe é característica inexorável, que não há qualquer possibilidade do crime de sonegação tributária ser o crime antecedente da lavagem de dinheiro.

Me reservo, agora, o direito de mudar de ideia a qualquer momento, truque este que aprendi recentemente, assistindo aos pronunciamentos e entrevistas de um político bastante conhecido!

E, nessa toada, me despeço de vocês, pois as letras estão começando a derreter em minha sopa.

[1] TARSKI'S TRUTH DEFINITIONS. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Stanford: Department of Philosophy, Stanford University, 2001. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/tarski-truth/#StaTruDef>. Acesso em 4 de dezembro de 2022.

[2] SILVA, Guilherme José Ferreira da. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. 1ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2003.

[3] De agora em diante, para evitar a deselegância da intensa repetição de palavras, vez outra iremos nos referir ao trio "valores, bens ou direito" como se fossem apenas um.

[5] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-dez-11/bernardo-coelho-crime-tributario-sopa-letrinhas/>