

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

MARCUS ANTONIO FERREIRA ARARIPE

**LAVAGEM DE DINHEIRO: POSSIBILIDADE DE A
SONEGAÇÃO FISCAL SER CONSIDERADA CRIME
ANTECEDENTE**

**FORTALEZA – CE
2007**

MARCUS ANTONIO FERREIRA ARARIPE

**LAVAGEM DE DINHEIRO: POSSIBILIDADE DE A
SONEGAÇÃO FISCAL SER CONSIDERADA CRIME
ANTECEDENTE**

Monografia apresentada à
Coordenação da Faculdade de
Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Lino
Edmar de Menezes

**FORTALEZA-CE
2007**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida.

Agradeço a minha esposa Lidiana e aos meus filhos Guilherme e Samuel pelos momentos de alegria que me fizeram suportar os momentos difíceis desta jornada.

Agradeço aos meus pais e irmãos pelo apoio em todos os momentos.

Agradeço ao Professor Lino Edmar de Menezes pela orientação neste trabalho.

Agradeço aos colegas da Receita Federal do Brasil pelas discussões produtivas sobre o tema.

RESUMO

O presente trabalho trata da possibilidade de os crimes de sonegação fiscal serem considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Para tanto, faz-se necessário estabelecer o conceito de organização criminosa a partir da definição de grupo criminoso organizado, presente na Convenção de Palermo, e de um juízo de valor do termo: “existente há algum tempo”.

Palavras-chave: Sonegação Fiscal, Crime Antecedente, Lavagem de Dinheiro, Organização Criminosa, Convenção de Palermo.

ABSTRACT

This work deals with the possibility of the crimes of tax evasion be considered antecedent crimes for money laundering. In order to do that, it is necessary to establish the concept of a criminal organization from the definition of organized criminal group, present in the Convention of Palermo, and a judgment of value of the term "existing for some time."

Keywords: Tax Evasion, Antecedent Crime, Money Laundering, Criminal Organization, The Palermo Convention.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	1
2.	DESENVOLVIMENTO.....	4
2.1	ASPECTOS TEÓRICOS.....	5
2.1.1	TEORIA DO DELITO.....	5
2.1.2	EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO.....	8
2.1.3	ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL.....	14
2.1.4	NORMAS PENAIS.....	21
2.1.5	COMPLETUDE DAS NORMAS PENAIS.....	25
2.2	CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	26
2.2.1	HISTÓRICO.....	27
2.2.2	DEFINIÇÃO.....	29
2.2.3	FASES.....	30
2.2.4	BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....	32
2.2.5	CRIMES ANTECEDENTES.....	33
2.3	ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	37
2.3.1	“TIPIFICAÇÃO” DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	37
2.3.2	LEI Nº 9.034/95.....	37
2.3.3	CONVENÇÃO DE PALERMO.....	38
2.3.4	DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PELA COMPLETUDE DAS NORMAS PENAIS.....	42
2.4	CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIMES ANTECEDENTES DA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	44
2.4.1	CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL.....	44
2.4.2	EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	46
2.4.3	NOVOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	48
2.4.4	CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL PRATICADOS POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	48
3.	CONCLUSÃO.....	50
4.	REFERÊNCIAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, sempre existiram pessoas que, com a realização de atos ilícitos, tentavam obter ganhos econômicos. Todos conhecem as histórias de Ali Babá e os quarenta ladrões, dos piratas, dos gangsteres americanos e dos mafiosos italianos. Em todos estes exemplos, o cometimento de crimes gerava uma grande soma de dinheiro que necessitava ser escondida para propiciar o seu efetivo uso e para disfarçar a sua origem ilegal. Assim, os quarenta ladrões esconderam os frutos de seus crimes em uma caverna, os piratas enterravam os seus tesouros roubados, os gangsteres americanos e os mafiosos italianos utilizavam-se de empresas de fachada para justificar a grande quantidade de dinheiro que detinham.

Com o advento da internet e da globalização da economia mundial, operações financeiras podem movimentar grandes somas de dinheiro em questão de segundos, de forma que se torna muito difícil saber a verdadeira origem de recursos aplicados na economia. Este fenômeno tem preocupado os governos de várias nações do mundo, pois, ao se encobrir a origem ilícita de determinada soma de recursos, pode-se utilizar mais facilmente estes mesmos recursos para a ampliação e desenvolvimento das práticas delitivas.

Preocupados com esta situação vários países passaram a punir o ato de ocultar e dissimular a origem ilícita de bens, incluído dinheiro, oriunda da prática de atos delitivos. Criou-se, assim, o tipo penal do crime de lavagem de dinheiro. No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro é tipificado na Lei nº 9.613, de 03/03/1998, alterada pelas leis: nº 10.467, de 11/06/2002, nº 10.683, de 28/05/2003, e nº 10.701, de 09/07/2003. Atualmente, tem-se assistido o julgamento no Supremo Tribunal Federal do esquema denominado “mensalão”, onde várias pessoas foram

denunciadas pelo Ministério Público Federal (MPF) pela prática do crime de lavagem de dinheiro.

A Lei nº 9.613/98 define, no seu art. 1º, como crime de lavagem de dinheiro a conduta de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de terrorismo e seu financiamento; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante seqüestro; 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; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Vê-se claramente que os crimes de sonegação fiscal não são explicitamente considerados como um crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro. Na exposição de motivo da Lei nº 9.613/98 foi dada uma justificativa para este fato, justificativa esta não aceita pela maioria da doutrina. Na verdade esta opção foi puramente política, pois atualmente os crimes de sonegação fiscal foram transformados em meros instrumentos de coerção para o pagamento de tributos, chegando ao extremo de ver extinta a sua punibilidade com o pagamento do tributo, mesmo após o recebimento da denúncia do Ministério Público. Assim, seria muito difícil aprovar a Lei nº 9.613/98 se a sonegação fiscal fosse explicitamente considerado como um crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro, pois desta forma se veria, de forma oblíqua, a efetivação dos crimes de sonegação fiscal, o que não é interessante para várias pessoas.

Como está hoje, o ordenamento jurídico não coíbe de maneira cabal a prática da sonegação fiscal, pois os limites operacionais da administração fazendária fazem com que a probabilidade de vim a ser fiscalizado seja muito pequena e, caso o seja, é só pagar o tributo que se está livre de qualquer repercussão penal.

Neste contexto, tentar-se-á, nesta monografia, responder aos seguintes questionamentos:

- a) É possível, de forma direta ou indireta, enquadrar a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro?
- b) A Lei nº 9.613/98 deve ser alterada para incluir explicitamente a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro?

Caso seja possível enquadrar a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro, passa-se a uma nova etapa do crime de sonegação fiscal, onde o sonegador terá receio de sonegar tributos por temer responder por lavagem de dinheiro.

Com a valorização do crime de sonegação fiscal, mesmo que de forma indireta, passa-se a aumentar a sensação de risco do sonegador, que pode vim a ser enquadrado na lei de lavagem de dinheiro. Este aumento na sensação de risco pode ter como resultado o cumprimento voluntário da obrigação tributária.

É evidente que se pode concluir pela não consideração, de forma direta ou indireta, da sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro. Desta forma, esta conclusão reforçaria a necessidade de mudança na Lei nº 9.613/98 para esta possibilidade e concretizar, assim, todas as conseqüências dela advinda.

2. DESENVOLVIMENTO

Antes de iniciar as considerações teóricas que servirão de base para esta monografia jurídica, fazem-se necessárias algumas considerações. Tentar-se-á, nesta monografia, dentro do possível, ater-se a uma postura estritamente científica, evitando, desta forma, palavras e frases de cunho eminentemente retóricos. É evidente que em alguns momentos será necessária uma maior ênfase em um resultado considerado relevante, mas nestes casos, apesar de um aspecto formalmente retórico, procurar-se-á embasá-los por meio de raciocínios lógico-dedutivos.

Outro aspecto que deve ser salientado é o fato que o Direito, como ciência humana, tem seus diversos ramos construídos a partir de uma teoria que serve como base principiológica. Assim, as leis e os códigos positivados, de determinados ramos do Direito, são confeccionados partindo de uma teoria considerada, pelos legisladores, como a que melhor explica e embasa as relações jurídicas que serão construídas por estas leis e códigos. Mas o Direito não é estático, ele evolui junto com a sociedade a qual tenta regular com suas normas. Assim, a teoria que serviu como base para as leis e os códigos evolui e esta evolução, muitas vezes, não é acompanhada por uma revogação das leis e códigos anteriores, mas por simples insertos de artigos construídos a partir dos princípios da nova teoria vigente. Exemplo disso é o Código de Processo Civil que se transformou em uma grande colcha de retalhos, onde vários artigos, provenientes de teorias conflitantes, coexistem em um código que, no mínimo, perdeu sua consistência lógica e principiológica. O Código Penal, como será demonstrado posteriormente, também sofre desta inconsistência lógica e principiológica. Esta consideração é importante

para lembrar que o direito positivado tem inconsistências e cabe aos seus operadores interpretá-lo de forma a minimizar estas inconsistências.

2.1 ASPECTOS TEÓRICOS

Esta monografia jurídica será desenvolvida, na sua maior parte, dentro do ramo do direito denominado de direito penal. Deve-se deixar claro que se considera esta divisão meramente didática, pois o direito é uno. Assim, apesar de o direito penal ter princípios próprios bem particulares, deve também ser pautado pelos princípios gerais do direito.

Antes de se partir para a resolução do problema prático descrito na introdução desta monografia, faz-se necessária uma pesquisa sobre as bases teóricas em que foi construído o direito penal. Esta busca das bases teóricas tem a função prática muito importante de servir como ponto de partida para a minimização das inconsistências das leis penais e do código penal brasileiro, por meio de uma adequação de artigos, elaborados sob a tutela de antigas teorias, à nova teoria dominante.

Desta forma, faz-se necessário um estudo da teoria do delito que predomina no direito penal brasileiro e sua evolução no tempo.

2.1.1 TEORIA DO DELITO

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 331) declaram: “Chama-se ‘teoria do delito’ a parte da ciência do direito que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais as características que deve ter qualquer delito.” O que estes autores denominam delito é denominado, por outros autores, crime (TOLEDO, 2007).

A importância prática de definir o que é delito ou crime é bastante clara quando se entende o trabalho desenvolvido por Juízes, Procuradores da República e Promotores de Justiça que trabalham na área criminal. Estes aplicadores do direito passam a maior parte do tempo se perguntando se determinada conduta pode ou não ser classificada como crime.

De forma geral existem duas maneiras de definir o que é delito ou crime: pela utilização dos conceitos unitários ou dos conceitos estratificados (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006). Nos primeiros, tenta-se elaborar um conceito sintético, por exemplo, crime é uma infração punível. Nos segundos, conceitos estratificados, tenta-se elaborar um conceito analítico, ou seja, um conceito que se integra em vários estratos, planos ou níveis, por exemplo, crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Note que os conceitos unitários não definem nada, ocorre apenas uma translação de crime para infração punível. Já no caso dos conceitos estratificados, existe uma decomposição do conceito de crime em três estratos, ou seja, conduta típica, conduta antijurídica e conduta culpável. Assim, crime será a conduta que for típica, antijurídica e culpável, nesta ordem, como se verá posteriormente. É evidente que será necessário definir cada um destas características para se poder definir crime. Mas em termos práticos, é fácil ver se uma conduta tem certas características, para então denominá-la criminosa.

Como antecipado anteriormente, considera-se, nesta monografia, crime, a partir de um conceito estratificado, como uma conduta típica, antijurídica e culpável. Acredita-se que este também é a definição de crime que deve ser extraída do código penal brasileiro. Deve-se deixar claro que esta não é uma posição unânime. Segundo Nucci (2005, p.112):

“Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros); b) um fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muños Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros); c) um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (Miguel Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo); d) fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a ponte que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); e) um fato típico, antijurídico e culpável. Nesta corrente que é majoritária, no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Antonio Luis Chaves Camargo, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Fernando Galvão, Reinhart Maurach, heinz Zipt, Claus Roxin – este último com um sistema próprio –, entre outros), causalistas (Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Baumann, Mezger, entre outros) e os adeptos da teoria social da ação [...] (Jescheck, Wessels, Schmidt, Engisch, Wolff, entre outros)”.

Note que a adoção de um determinado conceito estratificado (analítico) de crime independe da adoção da teoria finalista, causalista ou social da ação, pois existem causalistas, finalistas e partidários da teoria social da ação que usam o mesmo conceito de crime. A adoção de uma destas teorias influi na definição dos possíveis componentes do conceito de crime, ou seja, conduta típica, antijurídica e culpável.

Todos estes conceitos estratificados (analíticos) de crime (delito), citados por Nucci, têm seus defensores que julgam ter argumentos fortes para comprovar a sua escolha. Data vênia, parece que há apenas dois conceitos de crime que, a primeira vista, ajustam-se ao código penal brasileiro: o conceito utilizado nesta monografia,

ou seja, conduta típica, antijurídica e culpável, e o conceito defendido por Damásio de Jesus (2003), entre outros, ou seja, conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena. Deixar-se-á para o próximo item, onde será abordada a evolução da teoria do delito, a definição atual dos componentes do conceito de crime e a argumentação pela qual se considera que o conceito de crime, defendido por Damásio de Jesus, não pode prevalecer, restando apenas o conceito defendido nesta monografia, que por sinal é o mais aceito no Brasil e no exterior.

2.1.2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DELITO

Como exposto na parte inicial do desenvolvimento, o direito penal, no que se refere à teoria do delito, passou por várias mudanças de base principiológica onde o conceito de delito (crime) sofria alterações no que se refere ao número de seus componentes e à definição de cada componente.

Zaffaroni e Pierangeli (2006) fazem uma belíssima exposição da evolução da teoria do delito. Assim, neste item, é feito apenas um resumo das considerações elaboradas por estes autores, tentando salientar os pontos mais importantes para o objetivo desta monografia.

No início do século XX, o crime (delito) era visto como uma conduta antijurídica, culpável e punível. A conduta era entendida como uma vontade que causava um resultado (teoria causalista). A antijuridicidade (injusto) era vista como um aspecto objetivo da conduta que causava um resultado socialmente danoso. A culpabilidade era vista como a relação psicológica (dolo ou culpa) entre a conduta e o resultado. A punibilidade servia para completar o conceito de crime, pois existiam condutas que eram antijurídicas (injustas) e culpáveis, mas não eram crimes. Assim

para ser crime a conduta, além de antijurídica e culpável, deveria ser punível, ou seja, ter uma pena cominada a esta conduta.

Com a distinção feita por Ernst von Beling, entre tipicidade e antijuridicidade, dentro do injusto objetivo, o crime passou a ser visto como uma conduta típica, antijurídica e culpável. A conduta era entendida como uma vontade que causava um resultado (teoria causalista). A tipicidade era vista objetivamente como a proibição de causar um resultado. A antijuridicidade era vista objetivamente como um choque entre o resultado causado pela conduta e a ordem jurídica. A culpabilidade continuou a ser vista como a relação psicológica (dolo ou culpa) entre a conduta e o resultado. A punibilidade passou a não ser mais necessária, pois a tipicidade já trazia a pena pelo o não atendimento da sua proibição.

Até o conceito anterior de crime, considerava-se um esquema objetivo-subjetivo, onde o injusto (tipicidade e antijuridicidade) era objetivo e a culpabilidade era subjetiva. Mas se começou a verificar situações em que este esquema não funcionava bem. A partir desta constatação, verificou-se a necessidade, em alguns casos, de incluir elementos subjetivos na tipicidade e passar a adotar uma culpabilidade normativa, onde aspectos objetivos passaram a compor a culpabilidade. Assim, o crime continuou a ser visto como uma conduta típica, antijurídica e culpável. A conduta continuou a ser vista como uma vontade que causava um resultado (teoria causalista). A tipicidade passou a ser vista como a proibição de causar um resultado em que, eventualmente, devem-se considerar aspectos subjetivos. A antijuridicidade continuou a ser vista objetivamente como um choque entre o resultado causado pela conduta e a ordem jurídica. A culpabilidade passou a ser vista como reprovabilidade, além de relação psicológica (dolo ou culpa) entre a conduta e o seu resultado.

Foi Hans Welzel quem aperfeiçoou o conceito de crime a partir da constatação de que a conduta, descrita no tipo penal, não pode estar separada da vontade e esta sempre tem uma finalidade. Desta forma, os aspectos subjetivos, dolo e culpa, são deslocados para dentro da tipicidade. Assim, o crime continuou a ser visto como uma conduta típica, antijurídica e culpável. A conduta passa a ser vista como uma vontade com uma finalidade (teoria finalista). A tipicidade passou a ser vista como a proibição de causar um resultado considerando os aspectos subjetivos: dolo ou culpa. A antijuridicidade continuou a ser vista objetivamente como um choque entre o resultado causado pela conduta e a ordem jurídica. A culpabilidade passou a ser vista apenas como reprovabilidade. Deve-se deixar claro que, por questões lógicas, deve-se primeiro indagar se uma conduta é típica para, em caso afirmativo, perguntar se a mesma conduta é antijurídica para enfim, em caso afirmativo, perguntar se a conduta é culpável. Se a resposta for afirmativa em todas as perguntas, a conduta é criminosa.

Como exposto no item anterior, o conceito de crime defendido por Damásio de Jesus (2003), entre outros, é o único que concorre, pelo menos de forma direta, com o conceito adotado nesta monografia, no que se refere à adequação à estrutura do código penal brasileiro. Para este autor, crime é a conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena. Esta conclusão é embasada no fato que as excludentes de culpabilidade (arts. 26, caput, e 28, § 1º, Código Penal) declaram que agentes enquadrados nestes artigos são isentos de penas. O raciocínio é o seguinte, se a culpabilidade fosse elemento do conceito de crime, a sua exclusão faria com que não existisse crime e, por conseqüência, pena. É o que ocorre com as excludentes da antijuridicidade (art. 23, CP) que declara que

não há crime quando a conduta do agente pode ser enquadrada em um dos seus incisos.

Damásio de Jesus (2003) utiliza outro argumento para comprovar a adequação do seu conceito de crime com o Código Penal brasileiro. Segundo este autor, o crime de receptação (art. 180, CP) é uma prova de que o conceito de crime não exige o elemento culpabilidade. Segundo este artigo do código penal, o crime de receptação pressupõe um crime antecedente, acontece que no § 4º, do art. 180 do CP, diz que o crime de receptação é punível mesmo que isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. Supondo que um agente com excludente de culpabilidade obtenha um bem por uma conduta típica e antijurídica. Pela sua condição, sua conduta não é culpável e ele está isento de pena. Acontece que se a culpabilidade fosse elemento do conceito de crime, não haveria crime antecedente e, desta forma, não poderia haver o crime de receptação. Mas o § 4º, do art. 180 do CP, diz exatamente o contrário, logo a conclusão lógica é que a culpabilidade não é elemento do conceito de crime.

Antes de tentar rebater os argumentos que embasam a definição de crime como conduta típica e antijurídica, fazem-se necessárias algumas considerações sobre a definição de culpabilidade no Código Penal de 1940 e na Reforma Penal de 1984. O Código Penal de 1940, a partir de uma concepção causalista, mantinha o dolo e a culpa com integrantes da culpabilidade, só com a Reforma Penal de 1984, de cunho eminentemente finalista, é que o dolo e a culpa são incluídos na tipicidade como seus elementos subjetivos e a culpabilidade passa a ser vista apenas como reprovabilidade.

Como exposto no início do desenvolvimento desta monografia, é comum a mudança das bases teóricas que alicerçam determinado ramo do direito, sem a

revogação de artigos, em leis e códigos, elaborados a partir da teoria anterior. Isto é exatamente o que aconteceu com o Código Penal Brasileiro de 1940, pois ocorreu uma mudança na base teórica que embasa o código da teoria causalista para a teoria finalista, o que fez com que o dolo e a culpa migrassem da culpabilidade para a tipicidade, mas sem que muitos artigos elaborados sobre influência da teoria causalista fosse revogados.

Nucci (2005, pg. 728) rebate o argumento de que o § 4º, do art. 180 do CP, demonstra de forma cabal que o crime é uma conduta típica e antijurídica da seguinte forma:

“Em primeiro lugar, deve-se destacar que a redação desse parágrafo sempre foi feita desta forma, desde 1940 (antes da Reforma Penal de 1984), quando a doutrina tradicional colocava o dolo e a culpa na culpabilidade. Basta ver, nesse sentido, a posição doutrinária à época, bem como a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Dessa forma, seria impossível considerar que há crime única e tão-somente com a ocorrência de tipicidade e antijuridicidade, pois os elementos subjetivos do delito – dolo e culpa –, incluídos na culpabilidade, jamais poderiam ser considerados ‘pressupostos de aplicação de pena’, o que seria um enorme contra-senso”.

Desta forma, pode-se concluir que o Código Penal de 1940 considerava crime como conduta típica, antijurídica e culpável, pois como o dolo e a culpa faziam parte da culpabilidade, se esta não fosse elemento do crime, ter-se-iam condutas criminosas sem serem dolosas ou culposas, ou seja, poder-se-ia ter crime em que o agente não quis produzir o resultado, não assumiu o risco de produzi-lo e não agiu com negligência, imprudência ou imperícia. O que é um verdadeiro absurdo.

Têm-se, então, duas possibilidades: ou a Revisão Penal de 1984 continuou a considerar crime como conduta típica, antijurídica e culpável ou passou a considerá-lo como conduta típica e antijurídica. Esta segunda possibilidade não pode

prevalecer, pois a não modificação do texto do § 4º, do art. 180 do CP, que antes correspondia ao § 2º, do art. 180 do CP, demonstra que esta norma foi elaborada quando o dolo e a culpa faziam parte da culpabilidade. Então a conclusão, a partir desta norma, que a culpabilidade não é elemento do conceito de crime sofre de incoerência como mostrado no parágrafo anterior. A forma de adequar o § 4º, do art. 180 do CP, é considerar que quando o mesmo se refere a crime, na verdade está se referindo aos elementos objetivos que compõem o conceito de crime. Este argumento será de grande importância quando for tratado o crime de lavagem de dinheiro, já que ele tem como paradigma o crime de receptação. Nucci (2005, p. 729) explica de forma clara este argumento:

“Ora, para a doutrina da época – e que conta com inúmeros adeptos até hoje –, quando dolo e culpa (elementos subjetivos do crime) estavam, incontestavelmente, na culpabilidade, podia-se ver no crime duas partes: a objetiva (fato típico e antijurídico) e a subjetiva (culpabilidade). O todo, portanto, era composto das duas fases. Pode-se afirmar, para quem é adepto da teoria clássica do crime, que, objetivamente, delito é um fato típico e antijurídico, mas, subjetivamente, é um ilícito culpável. Assim, concretamente, para os clássicos do direito penal, crime, numa visão completa (objetiva e subjetiva), exige três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. No caso da receptação e de outros crimes, o legislador, ao lançar no tipo a palavra ‘crime’, usou-a com o significado objetivo, vale dizer, um fato típico e antijurídico, ou seja, um ilícito penal a *parte objecti*”.

O conceito de crime como uma conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena, foi uma tentativa pragmática de adequar, por interpretação sistêmica, vários artigos do Código Penal brasileiro. Acontece que esta tentativa não levou em conta a evolução da teoria do delito no direito comparado e a própria evolução histórica da legislação penal brasileira. Assim, de todo o exposto anteriormente, conclui-se que a melhor definição

de crime é aquela que o associa a uma conduta típica, antijurídica e culpável. Se assim não fosse, teríamos que considerar como criminoso um esquizofrênico, doente mental, que matou dolosamente uma pessoa por considerar, em seus delírios, que a mesma o queria matar. Ora, este doente mental praticou um injusto penal (típico e antijurídico), mas a sua conduta não é reprovável, pois devido a sua doença não se pode exigir dele uma conduta diferente. Na prática, em ambas as definições de crime expostas anteriormente, este doente mental não cumprirá pena. No entanto, na definição defendida nesta monografia, ele não cumprirá pena por não ter cometido um crime, ou seja, ele não pode ser considerado um criminoso.

2.1.3 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO PENAL

Antes de analisar os elementos normativos do tipo penal, é necessário definir o que seja tipo penal e fazer algumas considerações a seu respeito.

Existem várias definições de tipo penal. Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 381) o definem assim: “O TIPO PENAL é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”.

Toledo (2007, p. 127) o define da seguinte maneira:

“[...] o tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido. É em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuem características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.

Nucci (2005, p. 141) declara que tipo penal: “É a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)”. Já Damásio

de Jesus (2003, p. 269) diz: “Tipo é o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal”.

Note que cada definição mostrada acima faz referência às características que seus autores consideram mais importantes para o tipo penal, mas existe uma certa recorrência, de forma que o tipo penal está associado a alguns elementos, tais como: conduta, lei, descrição abstrata, ordenamento jurídico e proibição. Assim, sem a mínima pretensão de ser original, pode-se definir o tipo penal como a descrição abstrata, definida em lei, de condutas penalmente proibidas pelo ordenamento jurídico.

Zaffaroni e Pierangeli (2006) alertam para o uso indiscriminado do termo “tipo”, onde vários autores passam a chamar de tipo qualquer descrição presente em normas penais. Este ponto é muito importante, pois terá uma grande relevância quando for tratado do crime praticado por organização criminosa como crime antecedente da lavagem de dinheiro (ver item 2.3.1).

Partindo do princípio da legalidade, pode-se dizer que existem dois sistemas com relação ao tipo penal. No primeiro caso, denominado de sistema de tipos legais, cabe ao legislador estabelecer, modificar e extinguir um tipo penal. Neste sistema, o tipo penal é elaborado de tal forma que o seu conteúdo é inteiramente determinado sem a necessidade de recursos externos. A própria descrição do tipo penal, elaborada pelo legislador, já permite, de forma clara e direta, compreender todo o seu significado. Já no segundo caso, denominado de sistema de tipos judiciais, está facultado ao juiz, por analogia, estabelecer, modificar e extinguir tipos penais. Neste caso, o conteúdo do tipo penal é alcançado por meio da ação valorativa do juiz.

Como bem salientam Zaffaroni e Pierangeli (2006), estes dois sistemas são ideais teóricos, já que não existe, atualmente, um sistema inteiramente de tipos

legais, pois se teria de definir casuisticamente tantas condutas que seria impossível na prática, e nunca existiu, na história, um sistema de tipos judiciais, onde o juiz pudesse declarar como crime tudo aquilo que quisesse. Assim, o que existe na prática são sistemas que tentam se aproximar o máximo possível do sistema de tipos legais, atendendo, assim, ao princípio da segurança jurídica, mas também utilizando uma característica do sistema de tipos judiciais, qual seja, a possibilidade de em alguns casos o juiz puder valorar o conteúdo de alguns componentes do tipo penal, possibilitando a evolução da legislação penal no tempo. Neste contexto surge a necessidade de estabelecer a diferença entre tipos fechados e abertos.

Toledo (2007, p. 136) trata assim do chamado tipo fechado:

“[...] consiste na descrição completa do modelo de conduta proibida, sem deixar ao intérprete, para verificação da ilicitude, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, bem como a existência de causas de justificação. Tal critério conduz à construção dos denominados ‘tipos fechados’, do qual seria exemplo o homicídio do art. 121 do Código Penal”.

Note que o tipo penal fechado seria o único tipo penal utilizado em um sistema de tipos legais puro. Neste caso, o juiz teria como única função verificar se existe uma relação entre uma conduta e a descrição típica estabelecida em lei, além também de verificar se existem algumas excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade. Neste caso, ter-se-ia uma supervalorização do princípio da segurança jurídica.

Passando a tratar do tipo penal aberto, Toledo (2007, p. 136) diz:

“O segundo critério consiste na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas. São os denominados ‘tipos abertos’, como se dá em geral com os delitos culposos que precisam ser completados pela norma geral que impõe a observância do dever de cuidado”.

Note que o tipo aberto pretende resolver o problema da evolução do direito no tempo, pois um sistema composto apenas de tipos fechados torna-se demasiadamente rígido, tendo como única possibilidade de modificação a via legislativa que muitas vezes se mostra morosa. Um tipo aberto é obtido a partir da utilização dos chamados elementos normativos do tipo penal que serão tratados a seguir.

Antes de tratar dos elementos normativos do tipo penal, é necessário verificar quais são os elementos que compõem o tipo penal, pois não se pode estudar um componente do todo, sem saber como o todo se divide em seus componentes. Cada autor tem sua própria teoria sobre os componentes do tipo penal. Cada uma destas teorias leva em conta um critério para a divisão do tipo penal.

Santos (2002) chama o tipo penal de tipo legal e considera que o mesmo é constituído de uma unidade subjetiva e objetiva de elementos descritivos e normativos. A unidade subjetiva estaria ligada à vontade do autor, enquanto a unidade objetiva não estaria ligada a esta vontade. Já os elementos normativos seriam os elementos que exigem, para o seu completo entendimento e aplicação, um juízo de valor. Diferentemente dos elementos descritivos que não exigem nenhum juízo de valor, pois seu sentido é completo em sua descrição. Nas palavras de Santos (2002, p. 38):

“É importante destacar que os elementos constitutivos do tipo se entrecruzam, de modo que elementos objetivos podem ser descritivos (coisa), ou normativos (alheia); igualmente, elementos subjetivos também podem ser descritivos (o dolo) ou normativos (a intenção de apropriação, na expressão *para si ou para outrem*, do furto)”.

Damásio de Jesus (2003) considera que o tipo penal pode ter três tipos de elementos: os elementos objetivos, também chamados de elementos descritivos,

que se referem ao aspecto material do fato, os elementos subjetivos, que se referem ao estado anímico ou psicológico do agente, e os elementos normativos, que exigem um juízo de valor.

Toledo (2007) vê o tipo penal podendo ter dois elementos: os elementos subjetivos, que se referem ao estado anímico ou psicológico do agente, e os elementos objetivos, que, de forma excludente, não se referem ao estado anímico ou psicológico do agente. Já os elementos objetivos dividem-se em elementos descritivos e normativos. Os primeiros referem-se a juízos de realidade em que o intérprete não faz juízo de valor. Os segundos, elementos normativos, segundo Toledo (2007, p. 154):

“[...] são os constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais (exemplo: ‘coisa alheia’, ‘propriedade’, ‘funcionário público’, ‘mulher honesta’ etc) ou emitido pelo próprio intérprete (exemplo: ‘dignidade’, ‘decoro’, ‘reputação’ etc)”.

Zaffaroni e Pierangeli (2006) consideram que o tipo penal, da mesma forma que Toledo, tem três elementos: subjetivos, descritivos e normativos. Eles também utilizam a mesma definição para cada um destes elementos, apesar de não deixar claro que os elementos descritivos e normativos são os elementos que não se referem ao estado anímico ou psicológico do agente.

A partir da descrição dos elementos que compõem o tipo penal e suas definições elaboradas pelos autores acima, verifica-se que existem vários pontos em comum. As considerações feitas por Toledo parecem ser as mais convincentes, deixando claro que os elementos descritivos e normativos fazem parte do elemento objetivo do tipo penal, ou seja, não se referem ao estado anímico ou psicológico do agente. Desta forma, sua classificação é completa, pois o que não é subjetivo é

objetivo, e, sendo objetivo, o que não é normativo é descritivo. Nesta monografia é considerado que o tipo penal pode ser composto por elementos subjetivos, quando se referem ao estado anímico ou psicológico do agente, e elementos objetivos, quando não se referem ao estado anímico ou psicológico do agente. Já os elementos objetivos podem ser normativos, quando exigem um juízo de valor, ou descritivos, quando não exigem um juízo de valor.

Agora se pode definir o elemento normativo como o elemento do tipo penal que não se refere ao estado anímico ou psicológico do agente e que exige um juízo de valor.

Segundo Lopes (2006) foi Mayer quem primeiro percebeu a existência dos elementos normativos, afirmando que os elementos normativos do tipo penal não faziam parte da ação propriamente dita, ou seja, o autor do delito não realiza os elementos normativos. Tem-se, então, pela primeira vez, o reconhecimento que pelo menos um dos elementos que compõem o tipo penal não detêm neutralidade valorativa. Continua Lopes (2006) afirmando que Wolf chegou ao extremo de considerar que todos os elementos do tipo penal, inclusive os meramente descritivos, são elementos normativos, já que sempre é necessário algum tipo de valoração. Já Mezger, discordando de Wolf, considera que são muitos os casos de elementos normativos presentes nas normas penais, mas não se pode chegar ao extremo de considerar todos os elementos do tipo penal como elementos normativos.

Sobre a classificação dos elementos normativos, esclarece Lopes (2006, pp. 57 - 58):

“A literatura brasileira, com uma nomenclatura diversa, também distingue os elementos normativos do tipo dos elementos normativos que condicionam a ilicitude. Os primeiros são constitutivos do tipo penal e os segundos, embora

integrem a descrição típica do crime, referem-se à ilicitude. Seriam, estes últimos, elementos *sui generis* do fato típico. São as expressões *indevidamente, sem justa causa, etc.* Já aqueles elementos normativos constitutivos do tipo penal podem ter conteúdos interpretativos diversos. Ligam-se a termos jurídicos – documentos, funcionários públicos –, ou ainda constituem termos ou expressões extrajurídicas – *dignidade, decoro, mulher honesta* –, com valoração sócio cultural. Os primeiros implicam em uma valoração eminentemente jurídica, porquanto se ligam a conceitos da esfera do Direito (seja qualquer ramo). A segunda variedade tem conteúdo cultural, e requer valoração de ordem ético-social ou de cunho moral.”

Assim os elementos normativos se dividem em elementos normativos que condicionam a ilicitude e elementos normativos do tipo, que, por sua vez, dividem-se em elementos normativos do tipo com valoração eminentemente jurídica e com valoração extrajurídica.

Então surge uma questão interessante. A maioria da doutrina classifica a culpa como elemento subjetivo do tipo penal. Acontece que para se verificar se o agente agiu com culpa, ou seja, com imprudência, imperícia ou negligência, não se faz necessário verificar o seu estado anímico ou psicológico. Esta verificação é necessária previamente para verificar se o agente agiu com dolo. Uma vez verificado que não ocorreu o dolo e caso o crime exista na modalidade culposa, a verificação se o agente agiu com culpa se dá por meio de uma valoração jurídica, pois se refere aos termos jurídicos: imprudência, imperícia ou negligência. Assim, a culpa seria um elemento normativo do tipo com valoração jurídica. Confirmando isto, Lopes (2006, p. 48) cita o seguinte trecho do livro *Direito Penal da Negligência* de Juarez Tavares: “o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor”.

O tipo penal aberto é atualmente muito utilizado nas normas penais de vários países, inclusive no Brasil. A sua utilização permite que ocorra uma adequação do

direito penal a uma sociedade em rápida evolução, além de evitar a necessidade de as leis penais descreverem casuisticamente todas as condutas que ferem a ordem jurídica. Mas a utilização de tipos penais abertos pode trazer, como efeito colateral, uma certa insegurança jurídica, já que uma conduta, que até pouco tempo não era considerada criminosa, pode, a partir de um novo juízo de valor, ser considerada crime. Assim, pode existir um conflito entre a segurança jurídica e a atualização do direito.

É evidente que o princípio constitucional da legalidade tem grande força, mas a atualização do direito permite que outros princípios constitucionais possam ser observados de forma mais célere e eficaz. Não existe uma regra que possa ser utilizada de forma geral para evitar este conflito. Cada caso é um caso e exige uma solução própria. Uma possibilidade é a utilização da nova hermenêutica constitucional onde deve haver, quando do conflito entre princípios constitucionais, um sopesamento de forma que nenhum princípio seja totalmente excluído. Assim, o princípio mais importante para o caso concreto deve prevalecer em toda sua extensão e os outros princípios, aplicáveis a este mesmo caso, devem ter uma restrição na extensão de sua aplicabilidade.

2.1.4 NORMAS PENAIS

Segundo Damásio de Jesus (2003) as normas penais podem ser: incriminadoras e não incriminadoras, que se dividem em permissivas e finais. A norma penal incriminadora é aquela que estabelece uma conduta punível junto com uma sanção para a realização desta conduta. Por exemplo, o crime de homicídio simples previsto no art. 121 do Código Penal: “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. A norma penal permissiva é aquela que estabelece as

excludentes para uma conduta típica em face de uma norma incriminadora. Por exemplo, as exclusões da ilicitude ou antijuridicidade estabelecidas nos incisos I, II e III, do art. 23 do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Por fim, a norma penal final, complementar ou explicativa é aquela que estabelece o conteúdo de outra norma ou delimita o âmbito de sua aplicação. Por exemplo, o art. 4º do Código Penal que explica que o crime deve ser considerado praticado no momento da ação ou omissão que o deu origem, mesmo que o resultado do crime ocorra em um momento diferente.

A partir do exposto anteriormente, verifica-se que a norma penal incriminadora é a norma que descreve uma conduta como típica e prever uma sanção caso esta conduta seja realizada. Note que ainda não se pode falar de crime, pois se deve verificar se a conduta, além de típica, é antijurídica e culpável. Mas pode acontecer que uma norma penal defina uma conduta como típica, mas não estabeleça uma sanção. A princípio, esta norma, pela definição exposta anteriormente, não seria uma norma penal incriminadora. Mas também não é uma norma penal permissiva e nem explicativa. Uma solução para este problema é considerar esta norma penal, com conduta típica e sem sanção, como uma norma penal incriminadora incompleta. Também é possível que uma norma penal incriminadora tenha sanção e a sua tipicidade seja incompleta, por exemplo, a norma penal com tipo aberto. Assim, tem-se uma norma penal incriminadora incompleta quando: a norma penal descreve uma conduta típica sem uma sanção definida ou a norma penal define uma sanção e a sua tipicidade é incompleta.

Outro tipo de norma penal incriminadora incompleta é a assim denominada norma penal em branco. Segundo Toledo (2007, pp. 42 - 43): “Denominam-se normas penais em branco aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentos ou administrativas”. Neste mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 386) assim declaram: “Chamam-se ‘leis penais em branco’ as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)”. Note que Toledo fala em norma penal em branco enquanto Zaffaroni e Pierangeli falam de lei penal em branco. É mais apropriado o termo utilizado por Toledo, pois a norma penal é o conteúdo da lei penal, sendo esta o instrumento da norma penal. Assim, o que deve ser completada é a tipicidade na norma penal incriminadora e não o seu instrumento, ou seja, a lei penal.

É necessário deixar clara a diferença entre uma norma penal com tipo aberto e norma penal em branco. Em ambas, há uma incompletude no tipo penal, mas enquanto na norma com tipo penal aberto, a complementação do tipo penal é realizada pelo intérprete, na norma penal em branco, é realizada por uma outra norma presente em uma lei *lato sensu*. Note que na norma penal em branco, a complementação do tipo penal é objetiva, pois será executada por outra norma. Já na norma com tipo penal aberto, a complementação do tipo penal é subjetiva, pois será executada pelo intérprete da norma penal. Assim, o critério de diferenciação entre estas duas normas penais incriminadoras incompletas é saber a quem cabe a tarefa de efetuar a complementação do tipo penal.

Faz-se necessário esclarecer que quando se diz que a forma de complementação do tipo na norma com tipo penal aberto é subjetiva, não se quer

dizer que seja arbitrária. Ao intérprete não é facultado realizar esta complementação ao seu bel prazer, pelo contrário, deve atender aos ditames da própria norma a ser completada, das outras normas penais e dos princípios que regem o direito penal e o direito de forma geral, entre eles, os mais importantes são os princípios constitucionais.

É bem sabido que não se admite o instituto da analogia na integração de normas penais incriminadoras, pois, desta forma, preserva-se o princípio constitucional da legalidade. Por outro lado, é muito comum a utilização da interpretação analógica definida assim por Damásio de Jesus (2003, p. 46): “A interpretação analógica ou *intra legem* é permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta”. Exemplo clássico da aplicação da interpretação analógica é o crime de estelionato, art. 171 do Código Penal, quando diz: “[...] ou qualquer outro meio fraudulento”. Seria muito difícil, para não dizer impossível, descrever todos os meios fraudulentos que uma pessoa poderia usar para cometer o crime de estelionato. Assim, utiliza-se a descrição genérica de qualquer outro meio fraudulento além daqueles já definidos na descrição típica, para que, no caso concreto, o intérprete verifique se foi usado um meio fraudulento, mesmo que este não esteja expressamente previsto no tipo penal. Note que o termo “qualquer outro meio fraudulento” tem natureza de elemento normativo do tipo penal com valoração jurídica, pois não se refere ao estado anímico ou psicológico do agente e exige um juízo de valor eminentemente jurídico.

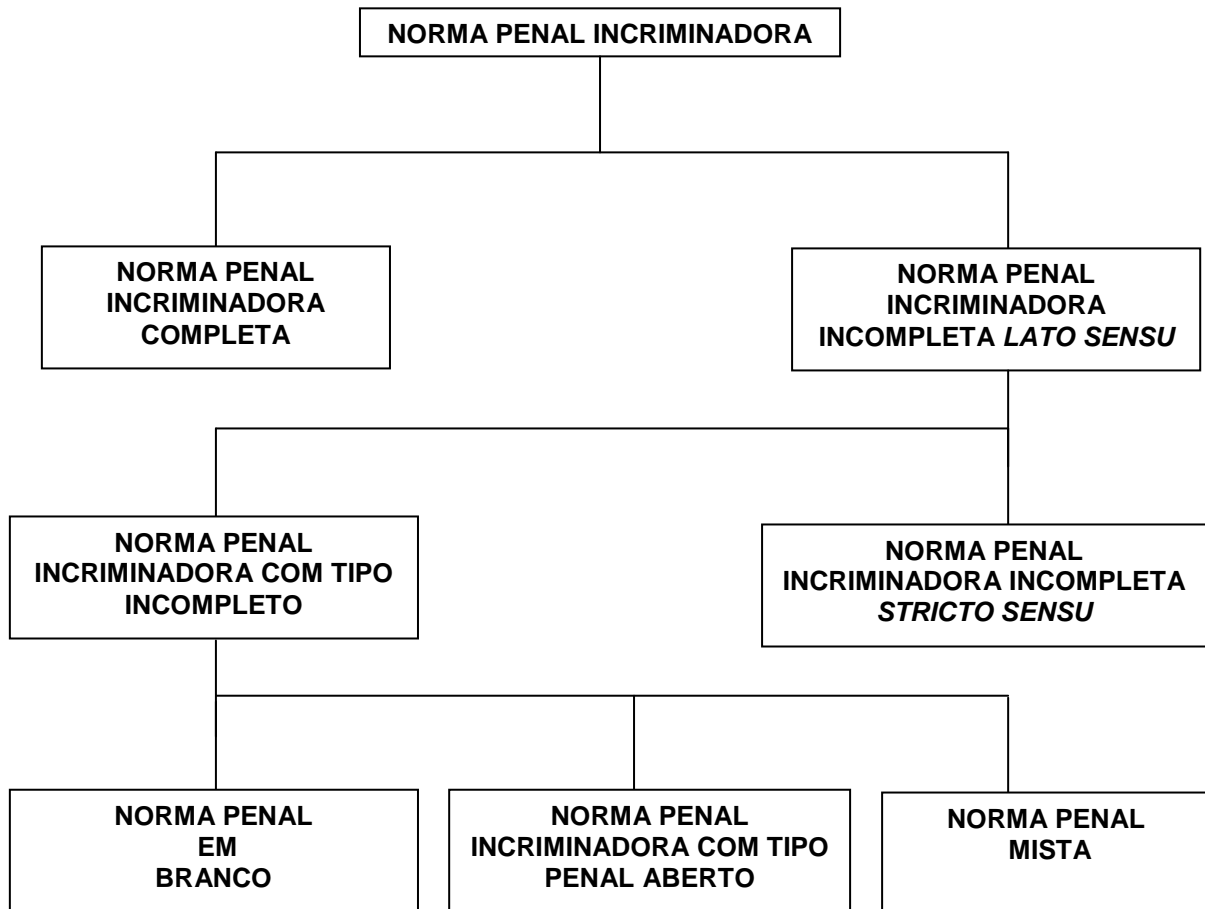
2.1.5 COMPLETUDE DAS NORMAS PENAIS

Vários autores falam de normas penais completas e incompletas, normas penais com tipo penal aberto e fechado, normas penais em branco, normas penais completadas por interpretação analógica, mas, apesar de definir todos estes institutos jurídicos, não classificam estes institutos de forma a deixar claro as suas semelhanças e as suas diferenças. Passar-se-á agora a proceder esta classificação a partir das definições apresentadas no item 2.1.4.

A norma penal incriminadora pode ser uma norma penal incriminadora completa, onde existe a descrição de um tipo fechado e uma sanção definida, ou uma norma penal incriminadora incompleta *lato sensu*, onde ou o tipo penal é incompleto ou não existe sanção definida. A norma penal incriminadora incompleta pela não existência da sanção é denominada de norma penal incompleta *stricto sensu*. Já a norma penal incriminadora incompleta a partir do tipo penal pode ser uma norma penal em branco, quando completada objetivamente por outra norma, ou uma norma penal com o tipo aberto, pela utilização de elementos normativos, quando completada subjetivamente por um intérprete, ou uma norma penal mista, quando completada, ao mesmo tempo, objetivamente por outra norma e subjetivamente por um intérprete. O diagrama da página seguinte mostra de forma gráfica a classificação de completude das normas penais.

Por fim, deve-se deixar claro que, conforme exposto anteriormente, o tipo culposo e os termos presentes no tipo penal que exigem uma interpretação analógica têm natureza de elemento normativo com valoração jurídica.

Diagrama: Classificação da completude das normas penais.



2.2 CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Não é de hoje que o crime, em muitas de suas vertentes, é um negócio que pode ser muito lucrativo. São bem conhecidos os casos em que proibições de consumos, por exemplo, álcool e drogas, dão origem a um mercado negro em que o lucro é tão exorbitante que compensa qualquer possível risco de vir a ser responsabilizado criminalmente.

Ao entrar em um negócio tão lucrativo, o criminoso ou organização criminosa se defronta com um grave problema. Como justificar a crescente acumulação de bens e movimentação de recursos? A tentativa de responder a este questionamento

fez com que surgissem as mais diversas técnicas, muitas delas de extrema sofisticação, para esconder a origem ilícita de bens e recursos financeiros.

Após a prisão do chefe do crime organizado em Chicago, Al Capone, pelo não pagamento do imposto de renda, os seus substitutos passaram a se utilizar de redes de lavanderias para justificar a grande soma de recursos de que dispunham. O cuidado era tanto que estes estabelecimentos comerciais tinham seus livros contábeis em perfeita ordem, chegando até a pagar os impostos devidos. Esta técnica ficou tão consagrada na literatura que trata do crime organizado, que passou a nomear os crimes que têm como conduta típica ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de outros crimes. Assim, a *money laundering* e a sua tradução em português, lavagem de dinheiro, são termos genéricos utilizados para nomear as condutas típicas acima descritas.

2.2.1 HISTÓRICO

Tão antiga como o cometimento de crime, a sua ocultação é uma das formas utilizadas para a futura utilização dos bens adquiridos com a conduta criminosa. A História está repleta de casos de ocultação de bens com intuito de preservar o produto de uma ação delitiva, por exemplo, a ocultação realizada: pelos piratas e corsários que enterravam os bens pilhados; pelos comandantes de navios cargueiros que escondiam seus navios e voltavam dizendo que os mesmos tinham naufragados (esta ação fez com que Napoleão igualasse os capitães de navios cargueiros a empresários e assim pudessem falir); pelos gangsteres americanos e pelos mafiosos italianos que se utilizavam de negócios ou empresas de fachada para justificar a grande quantidade de dinheiro que detinham, etc.

Com o advento da era da informação e o processo da globalização, as distâncias são ultrapassadas ao clique de um mouse e grandes somas de recursos financeiros “viajam” o mundo à velocidade da luz. Da mesma forma que são utilizadas em atividades lícitas, as novas tecnologias também são utilizadas em atividades ilícitas, principalmente naquelas onde há intensa disponibilidade de recursos. Devido a esta grande disponibilidade de recursos e ao uso intenso da tecnologia, verificou-se que uma das formas de combater efetivamente estas atividades é fazer a apreensão dos seus bens. Como estes bens são de origem ilícita, são utilizadas técnicas para a ocultação da sua origem. Passou-se, então, como forma de combater crimes de grande disponibilidade de recursos financeiros, a criminalizar as condutas de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de outros crimes. Neste contexto nasce o combate à lavagem de dinheiro.

Bonfim e Bonfim (2005) fazem um histórico da lavagem de dinheiro no Brasil e citam como marco a Convenção de Viena das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1988, onde foram estabelecidos procedimentos que os países signatários deveriam adotar para o efetivo combate à lavagem de dinheiro advinda do tráfico de drogas e ao crime organizado. A Convenção de Viena entra no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Continuam Bonfim e Bonfim (2005, pp. 24 - 25):

“No Brasil, passados quase sete anos da ratificação da Convenção, foi editada a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que além de tipificar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, estabeleceu medidas de prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na lei, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão que tem por finalidade ‘disciplinar, aplicar

penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas' (artigo 14, *caput*, da Lei n. 9.613/98), fiscalizando pois as atividades financeiras que podem dar ensejo à lavagem de dinheiro”.

2.2.2 DEFINIÇÃO

Existem várias definições na doutrina no que se refere ao crime de lavagem de dinheiro. Este termo, apesar das críticas de vários doutrinadores, já se encontra consagrado na literatura nacional, assim, torna-se sem sentido qualquer tentativa de mudança na denominação ‘lavagem de dinheiro’.

Passar-se-á agora a citar algumas definições de lavagem de dinheiro presentes na doutrina nacional. Bonfim e Bonfim (2005, pp. 26 - 27) definem assim lavagem de dinheiro: “Entende-se por lavagem de dinheiro o processo composto por fases realizadas sucessivamente, que tem por finalidade introduzir na economia ou no sistema financeiro, bens, direitos ou valores procedentes dos crimes previstos no rol do artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, ocultando essa origem delitiva”. Já Barros (2004, pp. 92 - 93) dá a seguinte definição:

“Lavagem’ é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, ‘lavagem’ de capitais consiste na operação financeira ou na transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado (sic) de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência”.

Existem outras definições que priorizam determinados elementos em detrimento de outros, mas, apesar das diferenças, parece haver um consenso nas definições de lavagem de dinheiro. Assim, nota-se que o grande objetivo da lavagem de dinheiro é esconder a origem ilícita dos bens ou valores lavados, pois, desta forma, podem ser utilizados normalmente na economia e não são passíveis de apreensão por parte do Poder Público. Este é o ponto fulcral do crime de lavagem de dinheiro. Um criminoso que atue em um setor criminoso de alta rentabilidade quer se utilizar dos lucros do seu 'trabalho'. Ele quer comprar bens em seu nome, quer freqüentar a sociedade e ser reconhecido como um igual, quer ter influência política, enfim, quer usufruir de todo o poder que o dinheiro possa trazer. Aqui entra a técnica de lavagem de dinheiro que, por meio de diversas fases, tenta ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens e valores oriundos de outros crimes.

2.2.3 FASES

Como antecipado no item antecedente, o crime de lavagem de dinheiro pode ser visto como um conjunto de fases com o objetivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens e valores oriundos de outros crimes. Existem vários modelos de fases que constituem o crime de lavagem de dinheiro, mas o mais aceito é aquele desenvolvido pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Desta forma, o crime de lavagem de dinheiro pode ser visto como a seqüência das fases de *placement, layering e integration*.

Antes de tratar destas fases individualmente, inclusive utilizando-se da sua tradução para o português, faz-se necessário observar que na prática, muitas vezes, é difícil identificar cada uma destas fases e, em várias situações, não estão presentes todas estas fases quando do cometimento do crime de lavagem de

dinheiro. Assim, este modelo teórico tem o intuito de, utilizando o método científico mecanicista, dividir o todo em partes para estudá-las melhor e compreender o funcionamento do todo. Apesar deste intento nobre, deve-se tomar cuidado para não ver esta divisão em fases como algo que corresponde sempre à realidade.

Bonfim e Bonfim (2005, pp. 34 - 35) descrevem de forma bem didática o modelo de fases desenvolvido pelo GAFI. Este modelo possui três fases:

“1) introdução (placement): esta fase visa introduzir as grandes quantidades de dinheiro em espécie, oriundas de atividades ilícitas, no sistema financeiro. Esta é a fase mais arriscada para os lavadores, em razão da proximidade do dinheiro com sua origem ilícita; 2) ocultação/transformação (layering): esta fase tem por finalidade dissimular a origem desses valores, de modo que a procedência deles não seja identificada. Depois das diversas operações que são comuns nesta fase, começam a surgir dificuldades para se apurar a origem destes valores; 3) integração (integration): trata-se da etapa final do processo de lavagem de dinheiro. Aqui, os bens, direitos ou valores de origem delituosa, já com aparência lícita, em razão do sucesso nas fases anteriores, são introduzidos novamente nos sistemas econômico e financeiro, aparentando tratar-se de operações normais “.

Tecnicamente falando, o crime de lavagem de dinheiro previsto no *caput* do art. 1º, da Lei nº 9.613/98, ocorre na fase de ocultação ou transformação (layering), pois é nesta fase que ocorre a conduta típica de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de outros crimes. A fase da introdução (placement) tem relevância jurídica no que se refere à verificação da tentativa. A fase da integração (integration) não tem relevância jurídica, já que a Lei nº 9.613/98 não exige que a lavagem de dinheiro tenha sucesso para que possa ser punida. Em termos materiais

a lavagem de dinheiro pode ser composta por três fases, já em termos jurídicos, só as fases de introdução e ocultação têm relevância jurídica.

2.2.4 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Segundo a doutrina dominante, a norma penal incriminadora tem como principal função a proteção de um ou mais bens jurídicos. Assim, definir qual o bem jurídico protegido por determinada norma penal tem funções práticas muito importantes. Primeiro, serve para verificar se a norma penal está protegendo um bem jurídico considerado importante pela sociedade. É neste ponto que surgem as normas penais que, apesar de validade formal, não têm aplicabilidade por simplesmente serem desconsideradas pelos aplicadores do direito. Segundo, serve para individualizar o crime, pois se com uma mesma conduta, afronta-se um mesmo bem jurídico, não se pode estar diante de mais de um crime. Em resumo, se uma única conduta dá origem a dois ou mais crimes, devem ser ofendidos dois ou mais bens jurídicos.

Bonfim e Bonfim (2005) fazem um resumo das diversas posições na doutrina sobre quais são os bens jurídicos tutelados pelo crime de lavagem de dinheiro. A primeira corrente, segundo os citados autores, considera que o bem jurídico tutelado é o mesmo do crime antecedente. Outra corrente, dita majoritária, considera que o bem tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro é distinta dos bens tutelados pelos crimes antecedentes. A discussão passa a ser a identificação de qual é o bem jurídico tutelado. Para uns é a administração da justiça e para outros é a proteção da ordem socioeconômica. Por fim, a terceira corrente considera que são dois ou mais os bens jurídicos tutelados pelo crime de lavagem de dinheiro, pois este é um crime pluriofensivo.

Parece ser mais apropriado considerar que o crime de lavagem de dinheiro pode tutelar dois bens jurídicos. O primeiro é a administração da justiça, pois a lavagem de dinheiro acaba por aumentar as chances de não serem punidos os crimes que deram origem aos bens e valores “lavados”. Mas, por outro lado, o crime de lavagem afeta toda a ordem socioeconômica, pois os bens e valores “lavados” podem ser utilizados em negócios legais afetando o princípio da livre concorrência ou podem ser utilizadas nas mais diversas atividades ilícitas.

É o caso concreto que determinará qual é o bem jurídico que está sendo ferido pelo cometimento do crime de lavagem de dinheiro. Parece estranho verificar qual é o bem jurídico ofendido após o cometimento do crime, mas esta atitude se justifica quando se verifica que a administração da justiça só é afrontada quando o crime antecedente pode deixar de ser punido pelo cometimento do crime de lavagem de dinheiro e a ordem socioeconômica só é afrontada quando a soma de recursos “lavados” é de tal monta que possa repercutir no sistema socioeconômico.

2.2.5 CONDUTAS TÍPICAS E CRIMES ANTECEDENTES

O crime de lavagem de dinheiro foi estabelecido pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Esta lei foi alterada pela Lei nº 10.467, de 11/06/2002, que acrescentou o inciso VIII ao art. 1º; pela Lei nº 10.683, de 28/05/2003, que alterou o art. 16 e pela Lei nº 10.701, de 09/07/2003, que alterou os arts. 1º e 11, acrescentou o inciso XII ao parágrafo único do art. 9º, o art. 10-a e o parágrafo 3º ao art. 14.

No seu art. 1º, a Lei nº 9.613 estabelece as condutas típicas que, uma vez executadas, podem configurar o crime de lavagem de dinheiro. *In verbis*:

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

- I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
 - II – de terrorismo e seu financiamento;
 - III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
 - IV - de extorsão mediante seqüestro;
 - V - 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;
 - VI - contra o sistema financeiro nacional;
 - VII - praticado por organização criminosa;
 - VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira.
- Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Note que o crime de lavagem de dinheiro é um crime de ação múltipla, pois várias condutas típicas são descritas. Nos incisos do art. 1º são estabelecidos os crimes antecedentes sem os quais não pode existir o crime de lavagem de dinheiro. Para os objetivos desta monografia, dois incisos têm importância fundamental: o V e o VII. Antes de tratar destes incisos, fazem-se necessários alguns comentários sobre o *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Os núcleos das condutas típicas do crime de lavagem de dinheiro, estabelecidas no *caput* do art. 1º, são ocultar e dissimular. Como estes verbos são transitivos diretos, é exigido um ou vários objetos diretos. Assim, as condutas típicas são ocultar e dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Os objetos materiais do crime de lavagem de dinheiro são de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Este crime anterior exigido para configurar o crime de lavagem de dinheiro é denominado crime antecedente.

Na literatura é realizada uma classificação da legislação que trata da lavagem de dinheiro de acordo com os crimes antecedentes considerados. Diz-se de primeira geração a legislação que elenca como crime antecedente o crime de tráfico de drogas, a de segunda geração é a legislação que elenca um rol taxativo de crimes antecedentes e a de terceira geração é a legislação que considera como crime antecedente qualquer crime previsto na legislação penal do País. A partir desta classificação, pode-se afirmar que a legislação brasileira tem característica de segunda geração, incisos I a VI e VIII do art. 1º, pois se tem, nestes incisos, um rol taxativo de crimes antecedentes, e de terceira geração, VII do art. 1º, pois qualquer crime, desde que praticado por organização criminosa, é antecedente do crime de lavagem de dinheiro.

Após estes rápidos comentários sobre o crime de lavagem de dinheiro, tratar-se-á dos incisos V e VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98. O inciso V fala de crimes contra a Administração Pública, que são tratados no Título XI do Código Penal do art. 312 ao 359-H. Aqui são importantes duas considerações: a primeira é que, apesar de ser um crime contra a Administração Pública, o crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira é especificamente considerado como um crime antecedente da lavagem de dinheiro no inciso VIII do art. 1º da Lei nº 9.613/98. A segunda é que dentre os vários crimes contra a Administração Pública está a sonegação de contribuição previdenciária prevista no art. 337-A. Assim, não há dúvida que pelo menos um caso de sonegação fiscal é crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro.

O inciso VII fala de crime praticado por organização criminosa. Assim, a princípio, qualquer crime, desde que praticado por organização criminosa, pode ser

crime antecedente da lavagem de dinheiro, inclusive os crimes de sonegação fiscal referentes a qualquer tributo.

Por fim, como mencionado no item 2.1.2, o crime de lavagem de dinheiro tem como paradigma o crime de receptação. De forma semelhante ao previsto para o crime de receptação, o § 1º do art. 2º da Lei de Lavagem de Dinheiro estabelece, *in verbis*:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

.....
§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.

Note que, também com relação ao crime de lavagem de dinheiro, quando se fala em crime antecedente na verdade se está referindo aos aspectos objetivos da definição de crime. Esta conclusão é comprovada pelo fato de que ao se analisar o crime antecedente não é necessário perquirir quem é seu autor, pois o importante é a existência do crime antecedente ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime. Se não é necessário saber quem é o autor do crime antecedente, muito menos necessário é saber se este autor agiu com dolo ou culpa. Assim, ao se referir a crime antecedente, no crime de lavagem de dinheiro, o legislador não se refere a crime no seu sentido técnico, ou seja, conduta típica, antijurídica e culpável, mas apenas no sentido objetivo, de forma a trazer indícios suficientes da existência material deste crime. Esta conclusão reforça a conclusão estabelecida no item 2.1.2 desta monografia.

2.3 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

2.3.1 “TIPIFICAÇÃO” DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Vai-se analisar agora o termo ‘organização criminosa’ citado no inciso VII do art. 1º, da Lei nº 9.613/98. Parte da doutrina considera que como não existe definição do que seja organização criminosa, o inciso VII, do art. 1º, não teria aplicação. Exemplos desta corrente são mostrados a seguir. Costa (2007, p. 50) quando se refere ao crime praticado por organização criminosa declara: “Disso decorre que é defeso cogitar de lavagem de dinheiro, porquanto inexistente a tipificação de crime que lhe seja antecedente”. Barros (2004, p. 177) também defende esta corrente: “[...] é de ser considerada inócua a figura correspondente ao inc. VII do art. 1º da Lei de ‘Lavagem’, visto desatender ao comando constitucional que assegura o direito à liberdade e à propriedade por não haver crime sem lei anterior que o defina, [...]”. Deve-se deixar claro que o texto o inciso VII não se refere a crime de organização criminosa, mas a crime praticado por organização criminosa. Assim, não é necessário “tipificar” organização, mas apenas defini-la.

Defendendo uma posição diferente Bonfim e Bonfim (2005, p. 57) ao tratar da definição de organização criminosa declaram: “Contudo, entendemos em sentido oposto, pois tratando-se (sic) de um tipo aberto, o mesmo pode ser definido pela doutrina ou pela jurisprudência. Assim, não é necessário que o elemento normativo esteja definido em lei, podendo ser obtido através de juízo de valor”.

2.3.2 LEI Nº 9.034/95

Em 3 de maio de 1995 foi promulgada a Lei nº 9.034 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Apesar de esta lei teoricamente tratar de organizações

criminosas em nenhum local traz a definição do que seriam tais entidades. No art. 1º da Lei nº 9.034/95 é afirmado que esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Assim, foi feita uma interpretação sistemática pela qual igualou-se organização criminosa à quadrilha ou bando, definidos no art. 288 do Código Penal, ou seja, associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes.

Em 11 de abril de 2001 foi promulgada a Lei nº 10.217 que alterou o art. 1º da Lei nº 9.034/95, dando-lhe a seguinte redação: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Assim, a interpretação sistemática igualando organização criminosa à quadrilha ou bando é prejudicada, pois esta nova redação do art. 1º, da Lei nº 9.034/95, deixa claro que quadrilha ou bando é diferente de organização ou associação criminosa.

Desta forma, pode-se afirmar que não existe lei interna brasileira que define o que seja organização ou associação criminosa. Por meio da Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/01, pode-se afirmar que: organização criminosa é o mesmo que associação criminosa e que, uma vez definidas estas entidades, a Lei nº 9.034/95 deve ser utilizada para a prevenção e repressão de ações praticadas por elas.

2.3.3 CONVENÇÃO DE PALERMO

No âmbito do Direito Internacional Público existe uma discussão entre duas correntes sobre a forma em que um tratado ou convenção internacional possa ser fonte para o direito interno. A corrente denominada monista considera que o Direito

Internacional Público e o Direito Interno compõem um só sistema jurídico, sendo que uma subcorrente defende a supremacia do Direito Internacional Público e a outra, a supremacia do Direito Interno. A outra corrente, denominada dualista, considera que o Direito Internacional Público e o Direito Interno formam sistemas jurídicos independentes e que para poder existir influência do Direito Internacional Público no Direito Interno é necessária a aprovação ou referendo conforme normas de Direito Interno. Apesar de doutrina contrária, a Constituição Federal de 1988 abraça a teoria dualista ao exigir que, para um tratado ou uma convenção internacional seja aplicado no Brasil, haja a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República.

Em 15 de novembro de 2000 foi adotada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo. Esta convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua aprovação pelo Decreto nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgação pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Assim, conforme a concepção dualista, esta convenção tem força de lei ordinária dentro do território brasileiro.

O artigo 2 da Convenção de Palermo declara *in verbis*:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

.....

O artigo retrocitado traz uma definição para grupo criminoso organizado para o caso de crime organizado transnacional. Aqui surgem alguns questionamentos. É possível usar esta definição como definição de organização criminosa para crimes praticados dentro do Brasil? O primeiro ponto que deve ser analisado é se o termo “organização criminosa” é sinônimo do termo “grupo criminoso organizado”. Analisando as palavras que compõem estes termos, é forçoso considerar estes termos como sinônimos.

É correto afirmar que a Convenção de Palermo tem aplicação no que se refere ao crime organizado transnacional, mas em um ambiente de grande globalização é ilógico considerar que a organização criminosa nacional tenha uma natureza jurídica totalmente diferente de uma organização criminosa internacional. Cada vez mais as organizações criminosas nacionais atuam no âmbito internacional. Desta forma, é mais correto ver a organização criminosa internacional como uma organização criminosa que também atua no âmbito internacional. Isto faz com que os conceitos destas duas organizações sejam iguais, com exceção no que diz respeito ao seu âmbito de atuação, uma atuando apenas nacionalmente e a outra atuando internacionalmente, tendo ou não atuação nacional. Esta conclusão está coerente com a definição de grupo criminoso organizado, mostrada anteriormente, que é grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção. Note que o aspecto transnacional esta presente no fato de cometer uma ou mais infrações enunciadas na Convenção de Palermo que trata de infrações transnacionais, já que a definição de infração grave não tem característica transnacional.

Existe doutrina que afirma que a definição de grupo criminoso organizado está restrito ao âmbito da Convenção de Palermo por esta afirmar, no artigo 2: “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: [...]”. Na verdade esta declaração não restringe a utilização da definição de grupo criminoso organizado à Convenção de Palermo. É apenas uma técnica legislativa para fazer com que, mesmo que exista uma outra definição de grupo criminoso organizado, a definição utilizada seja a definida na Convenção de Palermo. Além disso, há casos no ordenamento jurídico brasileiro em que uma definição, apesar de ser antecedida pelo termo “Para efeito desta lei”, é utilizada fora do âmbito da lei que a define. Exemplo disto é a definição de transferência voluntária feita pela Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de 4 de maio de 2000, *in verbis*:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Apesar da utilização da técnica legislativa “Para efeito desta lei”, a definição de transferência voluntária é utilizada no art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, *in verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

.....

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

.....

Por fim, deve ser salientado que a definição de grupo criminoso organizado, do artigo 2 da Convenção de Palermo, contém um elemento normativo com valoração extrajurídica representado pelo termo: “existente há algum tempo”. Assim, será necessário um juízo de valor por parte do intérprete para verificar a amplitude do termo considerado.

2.3.4 DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PELA COMPLETUDE DAS NORMAS PENAIS

Diante de todo o exposto nos itens anteriores, fica claro que a norma penal, que pune o crime de lavagem de dinheiro que tem como crime antecedente crime praticado por organização criminosa, é uma norma penal incriminadora com tipo penal incompleto. Têm-se três possibilidades para completar o tipo penal: ou se completa objetivamente por meio de outra norma (norma penal em branco), ou se completa subjetivamente por meio de juízos de valor (norma penal com tipo penal aberto) ou se completa, ao mesmo tempo, objetivamente por meio de outra norma e subjetivamente por meio de juízos de valor (norma penal mista).

Verificou-se que a definição de grupo criminoso organizado presente na Convenção de Palermo pode e deve ser utilizada para definir o que é organização criminosa. Acontece que é necessário um juízo de valor para perquirir a amplitude do termo: “existente há algum tempo”. Assim, no caso de crime de lavagem de dinheiro que tem como crime antecedente crime praticado por organização criminosa, tem-se uma norma penal mista, que será completada pela Convenção de Palermo e por um juízo de valor.

Faz-se necessário, para uma exposição mais didática, fazer um breve resumo das conclusões que se podem tirar das idéias apresentadas neste item:

a) Não é necessário tipificar o crime de organização criminosa para se poder usar o inciso VII do art. 1º, da Lei nº 9.613/98. Basta apenas definir organização criminosa.

b) A Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/01, não pode ser utilizada para definir o que é uma organização criminosa, por meio da definição de bando ou quadrilha. Equiparando organização criminosa a bando ou quadrilha.

c) O inciso VII do art. 1º, da Lei nº 9.613/98, não é ineficaz como afirma parte da doutrina. Tanto é assim que o Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, denunciou, com base no inciso VII do art. 1º, da Lei nº 9.613/98, várias pessoas envolvidas no denominado esquema do “mensalão”.

d) A definição do que seja organização criminosa pode ser elaborada pela definição de grupo criminoso organizado presente na Convenção de Palermo e por um juízo de valor do termo: “existente há algum tempo”.

Por fim é interessante analisar se a construção elaborada nesta monografia, para se chegar à definição de organização criminosa, fere o princípio da legalidade. Grande parte da definição do termo organização criminosa foi construída objetivamente por meio da Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento jurídico nacional. Neste caso não se pode falar em afronta ao citado princípio. A parte que falta para completar a definição de organização criminosa é feita por um juízo de valor do termo: “existente há algum tempo”. Existem inúmeros exemplos de normas penais incriminadoras que se utilizam de elementos normativos e nem por isso afrontam o princípio da legalidade. Assim, pode-se afirmar que neste caso o princípio da legalidade não é afrontado.

2.4 CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO

2.4.1 CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL

Antes da promulgação da Lei nº 8.137/90, os crimes de sonegação fiscal eram previstos na Lei nº 4.729/65. Apesar desta lei não ter sido revogada explicitamente pela Lei nº 8.137/90, esta passou a tratar de vários pontos presentes na Lei nº 4.729/65, procedendo, assim, a revogação tácita dos seus artigos que tratavam destes pontos. Deve-se deixar claro que existem artigos da Lei nº 4.729/65 que não foram revogados tacitamente, por exemplo, o seu art. 5º que trata do crime de contrabando e descaminho.

De forma genérica, pode-se definir os crimes de sonegação fiscal como as condutas que visam a ocultar dolosamente, mediante qualquer meio fraudulento, o reconhecimento de tributo devido ao Estado. As condutas específicas que constituem estes crimes são previstas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

Apesar da sua criminalização, os crimes de sonegação fiscal são usados como verdadeiros meios de coerção para o pagamento de tributos. É tanto que a Lei 9.249/95 estabelece em seu art. 34:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Assim, caso um contribuinte cometa um crime de sonegação fiscal e descubra que está sendo investigado por este crime, basta que ele promova o pagamento dos tributos devidos, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia do Ministério Público, para que seja extinta a sua punibilidade com relação a este crime.

Note aqui o direito penal funcionando, não inteiramente como um instrumento para tutelar os bens jurídicos reputados importantes pela sociedade, mas também como um meio de coerção para o pagamento de tributos.

Com o advento da Lei n.º 10.684/03, que criou o denominado Refis II, foi aberta a possibilidade de extinção da punibilidade de crimes de sonegação fiscal com o pagamento dos tributos devidos, inclusive acessórios, mesmo depois do recebimento da denúncia. O art. 9.º da Lei n.º 10.684/03 estabelece, *in verbis*:

Art. 9.º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Note que o § 2.º não fala nada sobre a necessidade de o pagamento ser efetuado antes do recebimento da denúncia. O Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido conforme a seguinte ementa de uma ação de *habeas corpus*:

“AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9.º da Lei federal n. 10.684/03, cc. art. 5.º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”. (*Habeas Corpus* (HC) n. 81.929/RJ, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 16.12.2003, publicado no *Informativo STF* n. 334).

Desta forma os crimes de sonegação fiscal perderam qualquer relevância penal e passaram a ser apenas instrumentos de coerção para o pagamento de tributos. Apesar de ser um estímulo para aqueles que cometeram crimes de sonegação fiscal pagarem os seus tributos, esta extinção de punibilidade estimula o cometimento de crimes de sonegação fiscal, pois, caso seus autores sejam descobertos, basta efetuarem o pagamento, em qualquer tempo anterior ao julgamento da ação penal, para terem direito à extinção de punibilidade.

2.4.2 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A exposição de motivos da Lei nº 9.613/98 expõe da seguinte maneira os motivos pelos quais não considerou os crimes de sonegação fiscal como crimes antecedentes do crime de lavagem de dinheiro:

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.

Esta justificativa carece de total consistência lógica e jurídica. Na sonegação fiscal, ocorre o fato gerador, mas o sujeito passivo, por meio de uma conduta dolosa, omite ou dissimula a ocorrência deste fato. Se o sujeito passivo pratica a sonegação

fiscal, ele está se locupletando de um recurso que, a princípio, pertence ao Estado. Assim, o tributo sonegado corresponde a uma nova agregação ao patrimônio do sujeito passivo, pois deixar de pagar uma obrigação devida é uma das formas de aumentar um patrimônio. Se ocorrer o fato gerador definido na lei tributária, surge uma obrigação tributária contra o sujeito passivo. Por meio do procedimento administrativo chamado lançamento, a obrigação tributária passa a ser exigível, surgindo assim o crédito tributário. Mesmo que não ocorra o lançamento, durante o prazo de decadência existe uma obrigação tributária do sujeito passivo para com a Fazenda Pública. Se o sujeito passivo, por meio da sonegação fiscal, não adimpliu a sua obrigação tributária devida, ele terá um aumento no seu patrimônio que fora diminuído pelo surgimento desta obrigação.

Dias (1999, p. 280) declara: “Conclui-se, assim que a exclusão dos crimes tributários e afins do elenco dos delitos previstos na Lei nº 9.613 foi opção imotivada do legislador [...]”. No mesmo sentido, Castilho (2004, p. 52), ao se referir a não inclusão dos crimes de sonegação fiscal no rol de crimes antecedentes do crime de lavagem, argumenta:

“A exclusão da sonegação do âmbito da criminalização é incoerente com a importância constitucional do sistema tributário, que prevê a cobrança de tributos como meio necessário para que o Estado possa realizar os direitos assegurados na Constituição de 1988. Ademais, é incoerente, [...], diante da previsão, como crimes antecedentes, daqueles contra a Administração Pública, entre os quais se encontra o descaminho, que é uma espécie de crime contra a ordem tributária”.

Diante do exposto anteriormente, fica claro que a opção de não inclusão dos crimes de sonegação fiscal no rol de crimes antecedentes do crime de lavagem de dinheiro não teve justificativa adequada. Na verdade, esta opção foi mais política, pois seria muito difícil aprovar a Lei nº 9.613/98 se a sonegação fiscal fosse

explicitamente considerado como um crime antecedente. Isto acarretaria, de forma oblíqua, uma maior inibição da prática dos crimes de sonegação fiscal, transformados em meros instrumentos de coerção para o pagamento de tributos.

2.4.3 NOVOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 9.983/2000 acrescentou, ao Código Penal (CP), alguns novos tipos de crimes contra a administração pública. Dentre eles, o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do CP. Assim, não há dúvida que o crime de sonegação de contribuição previdenciária, por ser crime contra a administração pública, é crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro.

Esta conclusão demonstra a inconsistência em não se considerar os outros crimes de sonegação fiscal como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Uma possibilidade é considerar, mesmo que não estejam presentes no capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a administração pública, todos os outros crimes de sonegação como crimes contra a administração pública. Esta é uma construção teórica muito arrojada, mas que traria uma maior consistência ao sistema jurídico brasileiro. Independente desta interpretação, será mostrado no item seguinte que alguns crimes de sonegação fiscal quando praticados por organização criminosa são crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.

2.4.4 CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL PRATICADOS POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

No item 2.3 chegou-se a conclusão de que o inciso VII do art. 1º, da Lei nº 9.613/98, não é ineficaz, por ser possível definir organização criminosa por meio da definição de grupo criminoso organizado presente na Convenção de Palermo e por

um juízo de valor do termo: “existente há algum tempo”. Assim, pode-se definir organização criminosa, de acordo com a convenção de Palermo, como o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Pode-se considerar grupo estruturado como o grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada. Por fim, deve-se considerar infração grave como o ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior.

Os crimes de sonegação fiscal estabelecidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 são punidos com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Já os crimes estabelecidos no art. 2º da Lei nº 8.137/90 são punidos com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. Apenas os crimes de sonegação fiscal estabelecidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 podem ser enquadrados como infração grave pela Convenção de Palermo, condição necessária para a existência de organização criminosa. Mas caso já seja configurada a existência de uma organização criminosa, nos termos da Convenção de Palermo, se esta comete os crimes de sonegação fiscal estabelecidos no 2º da Lei nº 8.137/90, estes são crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.

Assim, os crimes de sonegação fiscal estabelecidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, quando praticados por organização criminosa, são crimes antecedentes do crime de lavagem de dinheiro.

3. CONCLUSÃO

Na introdução desta monografia foram feitos os seguintes questionamentos:

- a) É possível, de forma direta ou indireta, enquadrar a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro?
- b) A Lei nº 9.613/98 deve ser alterada para incluir explicitamente a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro?

A resposta do primeiro questionamento é afirmativa, pois o crime de sonegação de contribuição previdenciária, por ser crime contra a administração pública, é crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro. O mesmo se pode dizer dos crimes de sonegação fiscal estabelecidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, quando praticados por organização criminosa, conceito proveniente da definição de grupo criminoso organizado presente na Convenção de Palermo.

Já com relação ao segundo questionamento, não há dúvida que a Lei nº 9.613/98 deve ser alterada para incluir explicitamente a sonegação fiscal como crime antecedente do crime de lavagem de dinheiro. Isto traria uma consistência lógica ao sistema jurídico, por evitar que um tipo de crime de sonegação fiscal sempre seja crime antecedente da lavagem de dinheiro e outros o sejam em algumas situações.

Existe um projeto de lei (Projeto de Lei 209) em tramitação no Congresso Nacional que considera qualquer crime como crime antecedente da lavagem de dinheiro, fazendo com que a legislação brasileira passe a ser totalmente de terceira geração. Isto resolveria o problema da sonegação fiscal, mas poderá trazer uma banalização do crime de lavagem de dinheiro, pois, em tese, qualquer crime, mesmo aqueles de menor poder ofensivo, poderão dá ensejo à responsabilização por lavagem de dinheiro, desde que realizadas as condutas típicas deste crime.

Uma vez sendo possível, em algumas situações, considerar os crimes de sonegação fiscal como crime antecedente da lavagem de dinheiro, evita-se que a sonegação fiscal seja um mero instrumento de coerção para o pagamento de tributos e passe a ter a relevância penal que tem em várias partes do mundo.

Um importante resultado desta monografia foi mostrar a possibilidade de se definir o que seja organização criminosa, a partir da definição de grupo criminoso organizado presente na Convenção de Palermo e de um juízo de valor do termo: “existente há algum tempo”, sem a necessidade de partir para uma construção totalmente doutrinária e subjetiva. A importância disto é que foi possível definir organização criminosa, termo de grande relevância penal, sem ferir o princípio constitucional da legalidade, princípio basilar do direito penal brasileiro.

4. REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Lavagem de Dinheiro e Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BONFIM, Márcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edílson Mougnot. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASTILHO, Ela Wiecko V..Crime Antecedente e Lavagem de Dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, nº 12, mar-abr. 2004, p. 46-59.

COSTA, Gerson Godinho. *O tipo objetivo da lavagem de dinheiro*. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei pelos Juízes das Varas Especializadas em Homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 29 – 54.

DIAS, José Carlos. Lavagem de Dinheiro no Contexto dos Crimes Contra a Ordem Tributária. *Repertório IOB Jurisprudência*. Rio de Janeiro, nº 3, jun. 1999, p. 279-81.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal Volume I: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Luciano Santos. *Elementos Normativos do Tipo Penal e o Princípio Constitucional da Legalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

LUIZI, Luiz. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume I, Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.