

**CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO: DA (A)TIPICIDADE DA
LAVAGEM DE DINHEIRO NO PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA POR
MEIO OCULTO**

***PASSIVE CORRUPTION AND MONEY LAUNDERING: THE (A)TYPICITY OF
MONEY LAUNDERING IN THE PAYMENT OF AN UNDUE ADVANTAGE
THROUGH HIDDEN MEANS***

Patrícia Kleinke de Souza¹

Guilherme Brenner Lucchesi²

RESUMO

O enfrentamento à lavagem de dinheiro é o meio mais efetivo para o combate ao crime organizado. A supressão da receita que financia e permite a continuidade das grandes estruturas criminosas, que suporta suas relações internacionais e permite a consolidação das redes de corrupção é a técnica mais sensata para suprimir ou ao menos conter as atividades das organizações criminosas. Com efeito, tal conjuntura apresenta-se em um papel de evidência no Brasil. Neste vértice, o presente trabalho objetiva, precipuamente, analisar a (a)tipicidade da lavagem de dinheiro no pagamento da vantagem indevida por meio oculto no cometimento do crime de corrupção passiva.

Palavras-Chave: Lavagem de Dinheiro. Ocultação. Corrupção Passiva. Vantagem Indevida. Concurso Material.

ABSTRACT

Coping with money laundering is the most effective means of combating organized crime. The suppression of revenue that finances and allows the continuation of large criminal structures, supports its international relations and allows the consolidation of networks of corruption is the most sensible technique to suppress or at least contain

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito, pelo Centro Universitário Curitiba.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). *Master of Laws* (LL.M.) pela *Cornell Law School* (EUA) eficazizado pela Universidade Federal do Paraná. Diretor da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Gestão 2017/2019. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE), Gestão 2015/2017. Coordenador Adjunto da Pós-graduação à distância em Direito Penal e Processual Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor Convidado em diversos cursos de Pós-graduação. Foi Professor Substituto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado em Curitiba, Paraná. Inscrito na Ordem dos Advogados do Estado de Nova York, Estados Unidos da América (NYSB).

the activities of criminal organizations. In fact, this situation presents itself in a role of evidence in Brazil. At this point, the present work aims, in the main, to analyze the (a) typicity of money laundering in the payment of the undue advantage by means of concealment in the commission of the crime of passive corruption.

Keywords: Money-laundering. Concealment. Passive corruption. Undue advantage. Concurrent crimes.

1 INTRODUÇÃO

As complexidades contemporâneas dos mecanismos desenvolvidos para o processo de lavagem de dinheiro tornam dificultoso, senão impossível, o rastreamento dos bens auferidos pelo cometimento de crimes.

A criminalidade econômica e a corrupção assumiram, definitivamente, papel de destaque no Brasil. A luta contra a corrupção é árdua e não raro frustrante. Isto, por um lado, mana da diversidade de formas com que se oculta, da multiplicidade dos modos em que se manifesta. Seguramente, também, pelo fato de que suas raízes se insinuam no cerne da alma humana, posto que, somente existe ligada a uma fraqueza moral.

Na democracia contemporânea, ela é reconhecida como uma ameaça talvez mais grave do que em outros regimes. Uma sociedade democrática é definida pelo contínuo controle que a comunidade exerce sobre os seus representantes, que tem tendência para aumentar em virtude do desenvolvimento dos meios de comunicação social. Este controle cada vez mais apertado tem exposto uma realidade que sempre existiu, mas que só agora assume a notoriedade devida.

Recentemente, vieram à tona esquemas envolvendo políticos da base aliada do governo em um golpe aos cofres públicos. Ao ser descoberto um fraudulento estruturado esquema de corrupção, no qual uma variada gama de políticos mantinha apoio ao governo em troca de vultosas somas mensalmente a eles repassadas. A origem dessas somas financeiras seriam os cofres públicos.

Os escândalos e casos de corrupção de desvio de dinheiro público que assolaram o Brasil após a redemocratização são-nos exibidos cotidianamente.

Para além das negativas, diversos os argumentos levantados para explicação das mazelas institucionais promovidas pela malversação dos recursos públicos, contudo, para tais condutas não há fundamentos.

Não obstante a trama presente no Brasil, não existe um protagonista principal que lidera um vasto esquema de desvio de receita pública, como por vezes acredita a imaginação popular. Mas, sim, uma rede altamente engendrada de relacionamentos.

Os casos de lavagem de dinheiro e corrupção estão comumente presentes nas pautas do judiciário brasileiro. Pode-se atestar que o 'esquema da propina', neste contexto, é assegurado pelos pretensos ciclos longos de corrupção, ou ainda, ciclos de coleguismo.

Neste âmbito, exsurge-se as organizações criminosas com o fim de obter vantagens, seja qual for a sua natureza, a partir da consumação de crimes de corrupção.

Os agentes autores de atos corruptos, comumente sujeitos com elevados cargos políticos, sustentam e garante seus cargos políticos por meio de estruturadas organizações. Permanecendo neles, estes agentes têm a possibilidade e influência suficiente para praticar, da forma que lhe convier, o crime de corrupção.

A corrupção é um dos crimes que mais se utiliza dos mecanismos de lavagem de dinheiro, na medida que os valores movimentados por essa prática delitativa são dificilmente avaliáveis, desse modo, acabam por precisar praticar a conduta de lavagem de dinheiro (MENDRONI, 2009, p. 29). Não é possível conceber uma organização criminosa que não pratique a lavagem do capital lucrado ilícitamente (FERRO, 2000, p. 34), como forma de viabilizar e sustentar a continuidade das práticas delitivas, sempre de forma mais aprimorada (PELLEGRINI; COSTA JÚNIOR, 2008, p. 55).

As proporções das organizações criminosas e dos valores implicados em suas condutas delitivas principais concorreram para que a conduta hoje denominada como lavagem de dinheiro acabasse por se tornar uma necessidade prática para a administração e utilização dos lucros obtidos ilícitamente. Sobretudo, quando reinvestidos na conduta criminosa principal, bem como para garantir sua invisibilidade, visto que, o rastro do dinheiro sujo pode ser utilizado como prova do crime antecedente, além disto, pode ser utilizado como meio para identificar e discriminar os agentes ativos e partícipes do crime em questão. Outrossim, a receita obtida através da realização de atividades criminosas pode ser objeto de possíveis investigações, bem como de possíveis apreensões (BALTAZAR JÚNIOR; MORO, 2007, p. 30-34).

A lavagem de dinheiro consiste em um dos pilares que sustenta as cada vez mais sofisticadas organizações criminosas, pois as mesmas atuam como verdadeiras empresas que geram capitais através da corrupção, dentre outras atividades criminosas.

Neste âmbito, a Lei Federal nº 9.613, de 1998, na esteira da legislação internacional voltada para o enfrentamento aos crimes transnacionais, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a figura típica da lavagem de dinheiro. O tipo penal materializa-se na conduta de ocultar ou dissimular a natureza e a origem de bens, direitos ou valores obtidos ou gerados por atividade criminosa.

Por sua vez, a corrupção passiva consubstanciada no art. 317 do Código Penal, consiste no ato de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

A lavagem de dinheiro é um crime relativamente novo, isso traz dificuldades na aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro. Posto que, para um crime novo as questões interpretativas encontram-se geralmente abertas, sujeitas à resolução de um ou outro modo, dentro dos limites cabíveis, pela doutrina e jurisprudência. Deste modo, inegável que o diploma legal em comento é solo feraz para diversas elucubrações, de modo que se potencializa perante os casos que comumente estampam os jornais nacionais dando conta de organizações criminosas que se introduzem nos setores denominado sensíveis da política e da economia para a aquisição de provento ilegítimo, e que, quando reveladas, acabam por ver seus agentes por diversas vezes igualmente julgados por lavagem de capitais.

O agente corruptor que recebe a vantagem indevida, indubitavelmente, irá ocultá-la. Igualmente o recebimento de tal vantagem, será realizado de forma clandestina. Neste evento paira a discussão sobre a caracterização da ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro.

Nesses casos, as denúncias são oferecidas por incursão na prática criminosa de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, aquele como antecedente deste. Neste contexto de dúvidas e paradigmas, tem-se o potencial de gerar uma aparente confusão entre o *iter criminis* do crime de corrupção passiva, especificamente no tocante ao ato de ocultar a vantagem indevidamente recebida com o ato ocultar verbo nuclear distinto e autônomo do crime de lavagem.

Como problema, foram eleitas as seguintes indagações: (i) o pagamento da vantagem indevida realizada por meio oculto caracteriza uma ação distinta e autônoma? (ii) quais as hipóteses de atos posteriores ao recebimento da vantagem indevida adequa-se a elementar típica do crime de lavagem de dinheiro?

O deslinde da questão, exige-se examinar os tipos penais do crime de lavagem e os posicionamentos que norteiam seus elementos. Outrossim, analisar o verbo nuclear 'receber vantagem indevida' do crime de corrupção passiva. De modo igual, os fundamentos e pressupostos legais que o orientam e, desta forma, elucidar se o *iter criminis* de um crime poder-se-ia caracterizar uma ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro.

O estudo é de suma relevância, na medida em que o entendimento errado da forma de execução de um crime, acarretando em imputação de outro crime afeta toda a sociedade, visto que o ordenamento legal reflete a todos a ele submetido.

2 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Com o crescimento do crime organizado e, principalmente, com a internacionalização das organizações, de onde efluiu o termo "transnacional", o crime de lavagem de dinheiro passou a ser objeto de maior atenção para a comunidade internacional. A estruturação empresarial da atividade ilícita, converteu as antigas quadrilhas e bandos em ordens estruturadas, hierarquizadas e globalizadas, imunes aos atos repressivos tradicionais.

Desta forma, o rastreamento do dinheiro lavado requereu o desenvolvimento de instrumentos de cooperação internacional e um esforço conjunto para uma mínima harmonização dos preceitos nacionais, orientada à compatibilização de suas disposições com os preceitos internacionais e à facilitação de comunicações entre os setores de inteligências, atos e diligências para inibir tais condutas. Posto que, por tratar-se de um delito de caráter transnacional não haveria investigação e persecução eficaz restrita às fronteiras nacionais e, consoante as disposições de política criminal, o seu arcabouço legal destinado à prevenção e repressão é um instrumento jurídico essencial no enfrentamento da criminalidade organizada.

Os resultados das atividades praticadas por organizações criminosas apesar de dificilmente avaliáveis, geram uma despesa social direta e indireta demasiadamente alta, motivo pelo qual insurgiu a intenção de uma política-criminal

global de repressão, não apenas com a penalidade de suas condutas ilícitas principais, mas também mediante o estrangulamento financeiro dos lucros auferidos (MORO, 2010, p. 17).

Sendo o delito em comento considerado como o mecanismo de mascaramento de recursos obtidos por práticas ilícitas, o entendimento predominante e os principais órgãos reguladores do tema destacam que a complexa dinâmica do crime de lavagem de dinheiro é subdividido em três fases, comumente denominadas: ocultação (*concealment*) ou colocação (*placement*), a dissimulação ou circulação (*layering*) e a integração (*integration*) dos bens à economia formal (MORO, 2010, p. 32). Raramente os contornos de cada uma dessas fases podem ser reconhecidos de forma precisa. Na execução, é comum a sobreposição entre as etapas do delito, sendo ímprobo identificar o término de uma e o início de outra.

Nesse cenário, o caminho perquirido do crime de lavagem de dinheiro inicia-se após a aquisição dos bens, direitos ou valores provenientes do cometimento do delito antecedente.

Com efeito, a primeira fase do tipo objetivo do crime de lavagem é a ocultação (*concealment*) ou colocação (*placement*). Como o próprio nome sugere trata-se de colocar, introduzir os valores provindos de atividades criminosas no sistema econômico formal criando modos de obstaculizar a identificação da origem maculada, bem como de estabelecer vínculos entre o agente e o que foi obtido no delito antecedente. São muitas as formas utilizadas pelos agentes criminosos para ocultação, como, por exemplo, o depósito ou movimentação dos valores em fragmentos, pequenas quantias que não despertem a atenção das autoridades públicas (*structuring* ou *smurfing*) (PITOMBO, 2003, p. 36), a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira, investimentos em operações, compra de bens, o envio dos valores para *shell companies*, etc.

Por seu turno, a segunda fase do processo de lavagem de capitais é a dissimulação (*concealment*). Neste momento, após a receita já introduzida no sistema econômico formal, busca-se aumentar ainda mais a distância do cabedal de sua origem, minimizando as possibilidades de reconstrução, por parte das autoridades, da vereda criada, a qual seria capaz culminar no delito original, e sobretudo, no agente principalmente que se locupleta com os proveitos ilícitos. Aqui, para atingir o fim de “pulverizar” tais rendimentos, comumente realizam compra de

ações na bolsa de valores ou até mesmo o envio do dinheiro convertido em outra moeda para o exterior.

Por fim, a terceira e última fase, consiste na reversão dos proventos limpos pelo processo ocorrido nas duas fases precedentes, incorporando-se no sistema econômico formal, seja sendo utilizado no mercado legal, possibilitando a compra de imóveis e entre outras utilizações, bem como sendo reincorporado ao mercado ilegal, isto é, passa a ser utilizado no financiamento de novos crimes, inclusive, aqueles que foram antecedentes à lavagem (GOMES, 2001, p. 227-236).

Importante destacar o fato de que não é necessária a ocorrência das três fases apresentadas, ou seja, é prescindível que a receita seja reintegrada no sistema econômico formal, sendo suficiente que os atos realizados nutram o fim de conferir aparência lícita aos rendimentos obtidos por atos delituosos antecedentes (LIMA, 2016, p. 290).

No Brasil, a legislação adotada para o combate e repressão à conduta de lavagem de dinheiro igualmente seguiu o mecanismo político-criminal internacional.

O Brasil aprovou em 1998 a Lei nº 9.613, seu primeiro texto normativo de tipificação específica do delito de lavagem de dinheiro. Não obstante, em 2012, sobreveio a Lei nº 12.683, norma esta que trouxe alterações importantes para tornar mais eficaz a persecução criminal do tipo penal estudado. O rol de delitos antecedentes foi extinto, ampliando o âmbito de abrangência típico e permitindo que a lavagem de dinheiro seja julgada, ainda que sem comprovar a ligação com o crime que gerou o valor lavado. Em outras palavras, a alteração legislativa da referida Lei deixa claro que o delito lavagem de capitais constitui um tipo penal autônomo em relação ao julgamento da infração penal antecedente.

Deste modo, o crime de lavagem de dinheiro continua a ser um crime derivado, entretanto, o produto obtido de qualquer infração penal antecedente pode configurar o delito de lavagem de dinheiro, podendo ser um crime ou uma contravenção penal.

Por esse motivo, o delito em comento, embora autônomo, guarda uma relação de acessoriedade material com uma infração antecedente (MAIA, 2007, p. 65).

Contudo, a identificação de uma infração penal antecedente e de seu rendimento não é suficiente para a materialização do crime de lavagem de dinheiro.

Nessa lógica, o tipo penal do *caput*, do art. 1º, na forma de ocultação ou dissimulação exige, portanto, algum ato de mascaramento do valor resultante da infração penal.

O dispositivo descreve dois comportamentos distintos, quais sejam, ocultar e dissimular, aos quais atrela a mesma pena. Se trata de delito de ação múltipla, com núcleos disjuntivos, de forma que a execução de qualquer das condutas concretiza a consumação. Aqui, seria inadmissível o concurso de delitos se o agente pratica as duas ações no mesmo contexto e sobre os mesmos bens.

As ocultações e dissimulações sequenciais, sobre o mesmo objeto, ou sobre aqueles resultantes de sua transformação ou substituição, consistem no mesmo processo de lavagem de dinheiro. Nesses casos, os atos posteriores absorvem os primeiros, que se tornam meros antefatos impuníveis, pois deixam sua autonomia para se tornarem meio ou momento de preparação do processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas, para a realização final. Não há, nessas hipóteses, continuidade delitiva ou pluralidade de delitos, mas sim um único ato de lavagem de dinheiro, renovado em sua materialidade típica a cada nova conduta (BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 119).

A tipicidade do crime de lavagem de capitais é composta por elementos objetivos e subjetivos. No primeiro, encontram-se todos os elementos objetivos do delito, sejam eles normativos ou valorativos. No segundo, encontram-se os elementos anímicos do agente.

O dolo, na lavagem de dinheiro, como em regra, é a consciência (real ou potencial) de que os bens, direitos ou valores têm origem criminosa e a vontade de ocultar ou dissimular sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade (PRADO, 2009, p. 359) e ele é inferido a partir de circunstâncias *factuais* objetivas (DE CARLI, 2013, p. 234).

O crime de lavagem constitui-se em crime comum, isto é, o sujeito ativo não necessita de uma qualificação especial, podendo ser qualquer pessoa o agente lavador. O autor do delito antecedente pode igualmente ser o autor do crime de lavagem, desde que sua ação seguinte ao crime-base se adéque a um dos verbos nucleares do tipo de lavagem. O delito de lavagem é de conteúdo variado, quer dizer, se o agente realizar mais de uma das condutas incriminadas, responderá apenas por um crime, caso contrário, haveria um *bis in idem*.

O objeto material é o próprio valor lavado, a receita originariamente ilícita tornada com aparência de lícita. Sendo, desta forma, o produto gerado pelo cometimento do crime antecedente e as eventuais transformações que possam vir a ocorrer pela ação de torná-los com aparência de lícitos.

Ademais, para configurar o tipo aludido é necessária a caracterização de atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime. A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do *caput* (MORO, 2010, p. 41).

3 O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

O crime de corrupção não é apanágio da sociedade contemporânea. Antes de tudo, ele é, intemporal e perenemente vai adquirindo novos delineamentos, novas características, à medida que a sociedade vai progredindo. A corrupção tornou-se um dos principais problemas para a gestão pública e para a democracia, questão essa amplamente reconhecida. Dada sua relevância, este fenômeno tem sido, no decorrer dos anos, objeto de diversos preceitos adotados pelo legislador, no que tange a prevenção e igualmente à sua repressão.

A corrupção não é uma particularidade da cultura brasileira, muito embora seja uma prática arraigada no Brasil, com amplo antecedente histórico, igualmente constitui objeto de preocupação das comunidades internacionais.

Vê-se e ouve-se dizer sobre o crime de corrupção passiva, ativa e ainda em corrupção sistêmica.

As condutas do crime de corrupção passiva têm previsão expressa no art. 317 do Código Penal. Assim, são três as condutas típicas: solicitar explícita ou implicitamente, vantagem indevida: receber referida vantagem; e, finalmente, aceitar promessa de tal vantagem, anuindo com futuro recebimento. Deste modo, a corrupção do funcionário é chamada de passiva em virtude do sentido da vantagem, podendo estar configurada em conduta ativa do funcionário público, que faz a solicitação.

A corrupção passiva é crime próprio de servidor público, isto é, o sujeito ativo do crime tem que necessariamente ser um funcionário público. Inexistindo distinção de classe ou categoria, podendo ser típico ou equiparado.

Impende destacar que, igualmente ao crime de lavagem de dinheiro, o tipo subjetivo do crime de corrupção passiva é representado pelo dolo, consistente pela vontade consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida, para si ou para outrem, ou seja, terceiro alheio à administração pública do sujeito passivo da infração penal.

Embora a modalidade receber seja material, consumando-se com a efetiva entrega da vantagem, as mais das vezes estará o crime consumado nas modalidades aceitar promessa ou solicitar, que são formais e se consumam com a mera solicitação ou aceitação, expressa ou tácita da vantagem, pois sua consumação independe da existência de um resultado naturalístico, vez que o tipo é misto alternativo e se consuma com a realização de qualquer das condutas descritas.

Não exigindo-se, ademais, como regra: que a vantagem seja efetivamente entregue; ou ainda, que seja o ato realizado, omitido, retardado ou antecipado. No caso de efetivo recebimento, na sequência da solicitação, há, crime progressivo respondendo o agente por crime único, posto que os atos subsequentes são meras consequências da conduta inicial (BALTAZAR JÚNIOR, 2017, p. 298).

É irrelevante, ainda, o fim ou destinação concretizado ou visado pelo agente em relação a valores recebidos, o que constitui mera fase de exaurimento do crime em questão.

A vantagem indevida consiste no elemento normativo especial da ilicitude do crime de corrupção passiva, pressupõe-se o efetivo recebimento da vantagem indevida por não se esgotar, o tipo, na simples aceitação de vantagem indevida. De modo inverso do primeiro núcleo do *caput*, do art. 317 do Código Penal, solicitar, em que basta a solicitação para realizar o tipo. Logo, em se tratando do núcleo solicitar, o efetivo recebimento da propina (*kickback*) constitui exaurimento do crime, no caso do núcleo receber, a percepção da vantagem integra a fase consumativa do delito.

O tipo exige, como se nota, a obtenção da vantagem indevida, não limitando àquela de natureza econômica. Vantagem “indevida” é aquela que é ilícita, ilegítima, ou *contra lege*, ou seja, não amparada pelo ordenamento jurídico. Logo, muito embora comumente seja material, a vantagem poderá ter outra natureza, como promoção, favor sexual, remoção ou outra vantagem funcional, sendo irrelevante a origem dos valores, que poderão ser provenientes dos cofres públicos ou mesmo de particulares.

Ademais, a vantagem pode ser presente ou futura. A solicitação, recebimento ou aceitação da vantagem indevida pode ser de forma direta ou indireta. A primeira, constitui-se quando o sujeito ativo a formula diretamente à vítima ou de forma explícita, deixando evidenciada a sua pretensão. Por outro lado, a indireta é quando o sujeito se vale de interposta pessoa ou a formula tácita, implícita ou sub-repticiamente.

4 O RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA POR MEIO OCULTO

É notório que o agente público incurso no crime de corrupção passiva, ao receber a vantagem indevida irá se utilizar de meios ocultos para garantir o encobrimento de tais vantagens. É incabível conceber que o agente recebedor da vantagem indevida não irá buscar ocultá-la.

Na corrupção passiva, o ato de receber é elemento nuclear do tipo penal em sua forma objetiva. O ato de ocultar a forma de receber o capital ilícito é realizado durante o *iter criminis* do crime antecedente, ou seja, corrupção passiva, e não após a realização do crime.

O ato de “receber” seria mero exaurimento se o tipo penal indicasse a conduta típica como “solicitar, com o intuito de receber”. Mas a técnica utilizada no tipo misto alternativo dispôs o ato de “solicitar ou receber”, de modo que o último não pode ser caracterizado como exaurimento, e sim modalidade típica alternativa que consome a “solicitação” anterior. É apenas uma forma distinta e progressiva da consumação do tipo penal. Dito de outro modo, para a corrupção passiva consumada, basta a “solicitação”, não é necessário o “recebimento”, mas se este efetivamente ocorrer, consubstancia ato típico novo, que absorve o crime antecedente, renovando-se, ademais, a contagem do prazo prescricional.

É possível, ainda, verificar uma relação de meio e fim entre os delitos, por restar evidente que a ocultação pode ser instrumento para o recebimento dos valores indevidos, uma vez que o ato de corrupção, por suas próprias características, não é consumado às claras. Desse modo, deve haver uma ocultação posterior ao cometimento do delito antecedente, com um indicativo direto ou indireto de que o objetivo seja, precipuamente a reciclagem do capital ilícito.

Logo, a realização de ocultar o capital do delito antecedente, sem qualquer outra conduta que demonstre o intuito de reciclagem, isto é, de dissimulá-lo com o

propósito de afastar por completo de sua origem maculada, para após inseri-lo no sistema econômico formal, será uma conduta atípica para a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Nos casos de corrupção passiva, a verificação posterior do recebimento torna este o ato típico central da corrupção passiva, sendo absorvido o primeiro como comportamento impune. Desse modo, o ato típico deixa de ser corrupção passiva na forma “solicitar” e passa a ser na forma “receber”. Este último ato não é mero exaurimento do ato anterior de solicitação, porque previsto expressa e objetivamente no texto do tipo penal, o que não ocorre nas situações de exaurimento em que o comportamento é descrito como mera intenção ou objetivo transcendente (BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 128-129).

Ademais, para caracterizar-se o crime de lavagem de dinheiro tendo como antecedente a corrupção passiva, teria que haver a dissimulação com o desígnio de inserir o produto do crime antecedente no sistema econômico com o fito de dissimular a origem criminosa de tais produtos.

5 (A) TÍPICIDADE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO PAGAMENTO OCULTO DE VANTAGEM INDEVIDA NO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Questão constante e significativa na esfera da lavagem de dinheiro é sua subsistência diante de infrações antecedentes que carregam na descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação, é o que acontece em alguns delitos, como, por exemplo, na evasão de divisas na forma de manutenção (manter depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente, Lei nº 7.492, de 1986, art. 22, parte final); igualmente na corrupção passiva (solicitar ou receber, direta ou indiretamente, vantagem indevida em razão de função pública, art. 317 do Código Penal), dentre outros.

Nesses eventos, se o único ato de ocultação ou dissimulação existente for aquele já contemplado pelo tipo penal do delito antecedente, haverá consunção, que realiza-se quando o fato previsto por um tipo penal está compreendido em outro de âmbito mais abrangente e, logo, só esta se aplica.

Na consunção há uma relação de contingência ou de meio e fim entre os tipos penais. O exemplo clássico é a lesão corporal e o homicídio, onde o segundo

consome a primeira pela relação de progressividade, uma vez que o crime mais grave tem entre seus elementos constitutivos o delito mais simples.

Os casos de consunção têm uma aparência de concurso material porque as condutas estão previstas em tipos penais distintos que conservam entre si uma relação horizontal, sendo comumente distintos os bens jurídicos tutelados pelas normas penais incidentes. Entretanto, na consunção, na relação de instrumentalidade direta, um dos crimes é meio para a consecução do outro, ou na contingência, onde um deles está compreendido como fase de preparação ou de execução do outro, afasta a incidência das duas normas penais. A condenação, neste caso, em concurso de crimes, violaria a vedação do *bis in idem*, em virtude de que se puniria pelo mesmo ato criminoso duas ou mais vezes (BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 124).

Pelo princípio da consunção, determinado crime (norma consumida) é base de realização de outro (norma consuntiva), ou é uma regular forma de transição para o último (delito progressivo), de modo que o crime-fim absorve o crime-meio.

Nesse seguimento, salienta-se que nesses casos há um nítido relacionamento entre um crime puramente instrumental (crime meio) e o crime-fim correspondente. Dito de outro modo, aqueles casos em que um ilícito singular exsurge-se, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos, motivo pelo qual, uma valoração autônoma e integral do crime meio retrataria uma violação da proibição jurídico-constitucional da dupla valoração (FIGUEIREDO DIAS *apud* BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 125).

O tipo penal do *caput*, do art. 1º, da Lei nº 9.613, de 1998, não exige nenhuma particularidade quanto aos verbos nucleares ocultar e dissimular. Natural, portanto, que em um primeiro exame do diploma legal poder-se-ia induzir que é suficiente que o agente realize a conduta de ocultar dinheiro ilegítimo para se encontrar incurso no crime de lavagem de dinheiro. Seguramente a doutrina e jurisprudência diverge nessa questão. Logo, forçoso que seja feito um exame elucidativo do significado, em tese, do verbo ocultar para fins da lavagem de capitais, bem como os elementos subjetivos a ensejar sua adequação.

Um dos entendimentos assenta que é suficiente que o agente realize qualquer ato de ocultar, mesmo que no *iter criminis* do crime antecedente, para ser imputado o delito de lavagem de dinheiro. Vale ressaltar que a legislação não exige

que os bens, produtos ou valores sejam de fato reinseridos no sistema econômico formal para o fim da consumação da lavagem de capitais. Contudo, a conduta de ocultação para o crime de lavagem de dinheiro deve vir associado a um elemento, direto ou indireto, de que o agente pretende reinserir o capital sujo na economia formal conferindo aparência de licitude, ainda que não obtenha o êxito ansiado (MORO, 2010, p. 34-58).

Observa-se no crime de corrupção passiva, consubstanciado no art. 317 do Código Penal: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”, que o tipo penal indica dois comportamentos típicos, solicitar ou receber, mas apenas o segundo importa na temática discutida porque o ato de solicitar vantagem indevida sem recebê-la, não obstante caracterize o ato consumado de corrupção passiva, não gera produto passível de ocultação ou dissimulação.

Destarte, o recebimento do tipo da corrupção passiva pode se dar de forma direta ou indireta. O próprio agente pode receber a vantagem indevida, bem como terceiros podem fazê-lo em seu nome, como interpostas pessoas.

Da mesma forma, ocultar a vantagem indevidamente recebida, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, desse modo, ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro.

Para caracterizar o crime autônomo de lavagem de dinheiro é primordial identificar atos posteriores, destinados a reinserir no sistema econômico formal a vantagem indevidamente recebida. O mero ocultar, esconder ou guardar a vantagem indevidamente recebida não se constitui crime de lavagem de dinheiro, haja vista, por óbvio, que o agente público, autor da corrupção passiva não irá sair às ruas mostrando os valores recebidos indevidamente em razão ou função de seu cargo.

Seguramente, a vantagem indevidamente recebida pelo funcionário público irá se realizar de forma clandestina e, posteriormente, quando a vantagem indevida estiver em “mãos”, indubitavelmente, ela será ocultada, a fim de evitar a persecução das autoridades, do contrário, exporiam a si próprios a persecução criminal, o que não parece ser palatável argumentar.

Neste seguimento, um funcionário público que recebe como vantagem indevida uma vultosa quantia, em razão de sua função pública, pratica o segundo elemento nuclear do tipo da corrupção passiva.

Tome-se um caso concreto: o agente público que por meio de superfaturamento de obras públicas cujos valores, após o efetivo pagamento às empreiteiras, retornam aos beneficiados da corrupção em forma de *kickback* por meio de cédulas em espécie ou por mecanismos ocultos de acerto em benefício de pessoas interpostas, ou, ainda, quando se utiliza de contas no exterior, titularizadas por *offshores* registradas em paraísos fiscais, para pulverizar os emolumentos e, dessa forma, manter oculta a origem ilegítima do capital remetido ao exterior. Nesse caso, o agente encontrar-se-á incurso nas práticas criminosas previstas no art. 317 do Código Penal, no núcleo receber a vantagem indevida, e no *caput*, do art. 1º, da Lei nº 12.683, de 2012. Neste cenário, estando suficientemente aferida tais práticas, delito antecedente de corrupção passiva, lavagem de dinheiro consumada via ocultação e dissimulação habitual dos valores de corrupção mediante expedientes financeiros transnacionais utilizados com objetivo de encobrir a *factual* origem, natureza e propriedade do cabedal maculado.

O crime de lavagem de dinheiro constitui-se um crime autônomo em relação ao delito antecedente que originou os bens, direitos ou valores. Assim, para que possa haver concurso material entre os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, terá que haver a realização de mais de um crime, mediante mais de uma ação. Como resultado, por ter realizado mais de um crime, o autor terá como apenamento desse concurso de crimes a aplicação das penas cominadas de forma cumulativa. Ou seja, se o agente praticou o crime de corrupção passiva e o de lavagem de dinheiro, na hipótese de condenação, as penas aplicadas individualmente a cada um dos crimes serão somadas.

Desse modo, somente haverá crime de lavagem de dinheiro se, posteriormente ao recebimento de tal vantagem, não apenas ocultando-a para esconder das autoridades investigativas, conduta essa esperada, mas sim, realizando operações financeiras ou comerciais, com o escopo de incorporar formalmente no sistema econômico, sob forma de investimentos, compra de ativos ou diversos outros mecanismos ardilosos que visam distanciar de sua origem criminosa. Nesse caso, haveria possibilidade do concurso material entre os delitos, visto que restaria caracterizada a prática da lavagem na finalidade do agente recebedor da vantagem indevida dissimular essa vantagem para afastá-la de sua origem criminosa com a finalidade de integrá-la no sistema financeiro.

Em outras palavras, o funcionário público corruptor, autor desse delito anterior, somente preenche os requisitos do crime de lavagem de dinheiro se estiver ciente de que participa de atos de encobrimentos e dissimulações posteriormente à consumação do crime antecedente.

Com efeito, não se faz necessário que o agente concretize a integração, sendo a última etapa das fases do crime de lavagem de dinheiro, que consiste justamente na incorporação formal dos ativos já com aparência lícita no sistema financeiro. Seguramente, se faz suficiente que o agente corruptor realize o ingresso dos ativos ilícitos no sistema econômico, como, por exemplo, abrindo empresas para adquirir imóveis ou comprar serviços financeiros, como títulos de capitalização ou ainda, que realize operações com o objetivo de quebrar a cadeia de indícios sobre a origem do dinheiro, intrincando o rastreamento dos recursos ilícitos e, ainda que não realize tais operações, para preencher os requisitos exigidos na Lei de Lavagem de Dinheiro, é necessário que fique demonstrado que o agente, após ocultar a vantagem indevida, tinha finalidade de utilizar-se dos mecanismos da lavagem para deixá-la distante de sua origem maculada.

Assim, o dolo do crime de lavagem de dinheiro deve ser atual e acompanhar a execução dos atos de encobrimento. O dolo antecedente, presente somente na cogitação ou nos atos preparatórios não é suficiente para a tipicidade subjetiva (BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 148).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes de caráter transnacional são um dos maiores desafios enfrentados pelas comunidades internacionais diante do cenário contemporâneo globalizado. No mundo globalizado, as organizações criminosas aproveitam-se cada vez mais da facilidade da circulação de bens e produtos, para fazer fluir valores ilícitos para a prática de negócios maculados, para além das fronteiras dos Estados, disseminando-se em diversas ramificações por distintos países, afligindo às autoridades em âmbito internacional.

A criminalização da lavagem de dinheiro ganhou força na esfera internacional e nacional frente a impotência ressentida pelas mais diversas nações na persecução das atividades criminosas relacionadas ao narcotráfico e, posteriormente, de outros delitos considerados graves.

O desenvolvimento histórico do crime de lavagem de dinheiro igualmente pode ser interpretado como uma eventual substituição de superproteção ao bem jurídico da infração penal antecedente para a corrente proteção das expectativas normativas, segundo a função de prevenção positiva da pena, tendo em conta a ampliação de possibilidades do crime antecedente a todo e qualquer crime, ou seja, como uma particular superproteção a consecução de crimes de forma geral, o que, de forma errônea, faz com que alguns autores apontem a administração da Justiça como o bem jurídico protegido. Trata-se, em verdade, a primorosa adequação à tendência expansionista do Direito Penal econômico globalizado.

Dessarte, no exame da Exposição de Motivos da Lei do crime em comento, constata-se que o tipo penal desta Lei se cuida de uma nova contribuição legislativa oferecida ao ordenamento do País, objetivando o combate sistemático de modalidades mais frequentes do crime organizado em caráter transnacional. Ou seja, tentando controlar a realização de delitos penais antecedentes, possibilita a criminalização como um mecanismo de política criminal às avessas. Com o desígnio inicial de combater o crime organizado por meio de uma via subsidiária, contudo, desconsiderando os princípios fundamentais do direito. Criminaliza-se uma atuação igualmente outras a ela associadas à consequência da falência da persecução estatal, qual seja, o produto do crime.

Tem-se, dessa forma, um certo tipo de opção pela persuasão a não praticar crimes. Quer dizer, a incriminação da conduta assentaria como uma prevenção a realização dos delitos prévios, uma vez que tornar-se-ia mais dubitável o êxito em desfrutar os bens ou valores de origem ilícita. Para mais, a mensagem que se pode conceber do diploma do tipo penal em questão é: não pratique crimes com a finalidade de auferir lucro ou vantagem, pois, mesmo que não punido o delito antecedente, o aproveitamento destes bens ou vantagens seria, em uma ação diversa, da mesma forma criminalizado.

Desta maneira, estar-se-ia, de algum modo, concatenado à tutela do mesmo bem jurídico do delito antecedente, ainda que de modo indireto ou subsidiário. Na prática, a hipótese de dano na execução do crime de lavagem ao mesmo bem jurídico lesado no delito antecedente importa, notadamente, na violação ao *bis in idem*. Logo, pelo menos na esfera teórica, não seria palatável sustentar ser este o bem jurídico protegido. Observa-se, todavia, que a exposição teórica é, amiúde, somente uma ferramenta de legitimação, e não o elemento causal da incriminação

de uma conduta. De modo igual, como mecanismo de legitimação, tal hipótese não poderia prosperar.

A conduta de lavar o capital obtido ilicitamente foi incriminada em nosso ordenamento pela Lei nº 9.613, de 1998. Pune-se, de acordo com o *caput*, art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, aquele que oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Assim, lavar dinheiro é ocultar ou dissimular receitas procedentes de infrações penais. O problema desponta quando o crime de corrupção passiva é o crime antecedente ao da lavagem de capitais, que origina a receita ilícita. Neste quadro o ato de ocultação ou dissimulação da importância recebida está previsto no próprio tipo penal.

Desta forma, diante da análise dos verbos nucleares do tipo da lavagem, bem como dos elementos objetivos e subjetivos que o integram, deduz-se que para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro é imperiosa a intenção de reinserir o capital sujo no sistema econômico formal. Ou seja, o ato ocultar da lavagem de dinheiro com a finalidade de ser “lavado”, para somente após reingressar no sistema financeiro já desvinculado de sua origem criminosa.

A corrupção é, igualmente a lavagem, um crime com grandes dificuldades probatórias, especialmente no que concerne aos elementos subjetivos dos referidos crimes, isso se evidencia diante às escassas condenações presentes no atual cenário.

Quando o agente público recebe em razão de sua função vantagem indevida, é de se esperar que tal vantagem percebida seja ocultada pelo mesmo. Haja vista que nenhum criminoso sai às ruas ostentando o produto auferido delitivamente, vez que, por óbvio, isso atrairia os olhares das autoridades institucionais.

Desse modo, examinando o crime de recebimento indevido de vantagem, que integra o tipo da corrupção passiva, sobretudo, no ato posterior ao recebimento, no momento em que o agente público oculta essa vantagem, vislumbrou-se a confusão realizada por operadores da lei. A confusão apreciada reside no fato de que o *acto* ocultar do crime de lavagem de dinheiro é constatado quando se oculta com vistas a dissimular para, posteriormente, inserir no sistema econômico como se lícito fosse.

Ocultar a vantagem indevidamente recebida, caracteriza-se o *iter criminis* do crime de corrupção passiva. Visto que, logicamente essa vantagem indevidamente

recebida tende a ser ocultada, guardada, solapada, com a intenção de escondê-la das autoridades de persecução criminal.

Nesse universo, o propósito do trabalho foi examinar se há lavagem de dinheiro quando o agente público que recebeu a vantagem indevida do crime de corrupção passiva a oculta. Nesse passo, restou demonstrado que a doutrina não é harmônica, podendo-se concluir que há uma divisão substancial entre os autores pesquisados.

Contudo, a técnica consubstanciada nos referidos tipos transcende os entendimentos subjetivos dos operadores em questão. Visto que, é inegável que a conduta de ocultar a vantagem indevidamente recebida integra o próprio tipo penal. Não constituindo-se, portanto, uma ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar-se o crime autônomo se faz necessário atos posteriores a ocultação, destinados unicamente a reinserir no sistema financeiro a vantagem indevidamente recebida atribuindo-a aparência de licitude. Quer dizer, atos designados a afastar a vantagem percebida de sua origem malucada.

Ainda que não haja um entendimento consolidado de que a conduta decorrente de uma prática criminosa, na qual já integre o *iter criminis*, não há que se desconsiderar a proporcionalidade e a razoabilidade que as decisões devem apresentar, ponderando, em cada caso concreto, a razão pela qual adotou-se determinado entendimento, sempre com vistas a finalidade do Direito Penal, analisando-se não apenas a tipicidade objetiva do fato, bem como sua vertente material, evitando-se, dessa forma, uma banalização dos tipos penais.

Desta forma, vê-se os impasses hodiernos enfrentados pelos Estados na persecução penal na tentativa ilusória de futurar condutas decorrentes das distintas formas das organizações criminosas.

A ineficiência da incriminação da conduta da lavagem de dinheiro levou a progressiva dilatação das tipificações penais, relativamente ao tipo penal da atuação em si e no que concerne aos seus sujeitos ativos, sem que isso promovesse mais condenações ou mesmo propiciasse um decréscimo no cometimento dos delitos estabelecidos como antecedentes.

A persecução do crime de lavagem de dinheiro, bem como de suas condutas equiparadas deve nortear-se pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e igualmente do Direito Penal liberal. Destarte, há que se manter a imposição da prova do dolo dos agentes ativos e impedir a punição do autor e do partícipe do

crime antecedente pela lavagem de dinheiro, em atendimento às normativas de consunção e ao princípio *ne bis in idem*, e, por fim, procurar designar uma relação de proporcionalidade entre a pena cominada para o delito antecedente e a pena aplicada ao sujeito ativo da lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. Volume 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Institui o Crime de Lavagem de Capitais, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm>.

CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA, Gerson Godinho. **O Tipo objetivo da lavagem de dinheiro**. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2007.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de capitais e sistema penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. **Lavagem de dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: As consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra, 2005.

FERRO, Ana Luiza de Almeida. **Crime organizado e Organizações criminosas Mundiais**. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. A lavagem de capitais como expressão do "direito penal globalizado". *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001.

_____. **Lavagem de dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, William Terra. *In*: CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra; Gomes, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, José Paulo da. **Criminalidade Organizada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luís Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTANA BARROS, Breno Felipe Morais de. **Lavagem de dinheiro: análise do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação penal originária de nº 470**. 2018. Monografia – Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018.