

COORDENAÇÃO: Frederico Horta

REVISTA DO

INSTITUTO DE R
CIÊNCIAS PENAIIS I
C
P



volume 6, número 1, junho 2021

 editora
D'PLÁCIDO

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Editor-Chefe
Frederico Horta

Editores Adjuntos
Lucas Minorelli e Regina Juncal

Editores Executivos
**Durval Barcelos, João Victor Assunção,
Luísa Reis, Victor Hugo Santos**



ISSN 1809-192X (impresso) ISSN 2675-5874 (eletrónico)	Vol.6, N.1	Jun. 2021
--	------------	-----------

Conselho Editorial

- Adriano Teixeira** (FGV/SP)
Alaor Leite (Humboldt Universität/Alemanha)
Antônio Martins (UFRJ/RJ)
Beatriz Vargas (UNB/DF)
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (IBMEC/MG)
Carlos Augusto Canedo (UFMG/MG)
Chiavelli Falavigno (UFSC/SC)
Diego-M. Luzón Peña (Univ. Alcalá/Espanha)
Eduardo Viana (UFBA/BA)
Eugênio Pacelli (IDP/DF)
Fernando Galvão (UFMG/MG)
Flávia Siqueira (Mackenzie/Campinas)
Frederico Horta (UFMG/MG)
Gabriel Perez Barberá (Uni. De Córdoba/Argentina)
Heloísa Estellita (FGV/SP)
Ivò Coca Vila (Uni. Pompeu Fabra/Espanha)
Luciano Santos Lopes (FMC/MG)
Luís Greco (Humboldt Universität/ Alemanha)
Maurício Dieter (USP/SP)
Nuno Brandão (FDUC/Portugal)
Paulo César Busato (UFPR/PR)
Paulo de Souza Mendes (FDUL/Portugal)
Tatiana Stoco (UNISAL/SP)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros (PUC/MG)

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Publicação Semestral da **Editora D'Plácido** e do **Instituto de Ciências Penais**

E-mail para submissão de artigos:

ricp@icp.org.br

Visite o site do Instituto de Ciências Penais:

<http://icp.org.br/revista/cientifica>

Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume 6. Número 1. Junho/2021

Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021
Semestral
ISSN: 1809-192X (impresso)
ISSN: 2675-5874 (eletrônico)
DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n1
I. Direito – II. Periódicos – III. Brasil

CDU 340

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos de responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

Corpo de Pareceristas (*volume 06, n.1 – chamada geral*)

André Pedrolli Serretti (Uni-Granada/Espanha)

Adriano Teixeira (FGV/SP)

Anna Carolina Canestraro (USP)

Antônio de Padova Marchi Júnior (UNI/MG)

Bruno Silveira Rigon (UCS/RS)

Carla Benitez Martins (UFGO)

Carolina Assis Castilholi (UFES)

Clécio Lemos (UNESC)

Eduardo Viana (UFBA)

Erica do Amaral Matos (USP)

Fabiano da Silveira Pignata (PUC/MG)

Felipe da Costa De-Lorenzi (UNESPAR/PR)

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Fernando Nogueira Martins Júnior (UFLA)

Flávia Siqueira Cambraia (Mackenzie/SP)

Jairo Garcia Pereira (Uni-Salamanca/Espanha)

Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG)

Jéssica Onfria Ferreira de Freitas (UFMG)

João Krakauer (UFMG)

João Paulo Orsini Martinelli (USP)

Leonardo Marcondes Machado (UFPR)

Luciano Lopes (FMC/MG)

Michel Reiss (PUC/RJ)

Nayara Rodrigues Medrado (UFJF)

Pâmela de Rezende Côrtes (UFMG)

Paulo Roberto Incott Júnior (UFPR)

Renato Silvestre Marinho (UNA/MG)

Túlio Felipe Xavier Januário (Uni-Coimbra/Portugal)

Victor Souza Marçal (UFMG)

Autores (*volume 06, n.1*)

Ana Clara Matias Brasileiro, Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Carl-Friedrich Stuckenberg, Claus Roxin, Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior, Felipe Machado Prates, Fernanda Araujo Pereira, Frederico Horta, Gabriellen Carneiro de Melo, Hélio Peixoto Júnior, Heloisa Estellita, Livia Yuen Ngan Moscatelli, Ricardo Alves de Lima, Rodrigo José dos Santos Amaral, Thiago Dias de Matos Diniz

Diretoria da gestão 2020/2022 – Instituto de Ciências Penais

Kárin Emmerich	Presidente
Carla Silene	1ª Vice-Presidente
Andréa Abritta	2ª Vice-Presidente
Maurício Pinto Ferreira	1º Diretor-Secretário
Ana Paula Albino	2º Diretor-Secretário
Vinícius Diniz	3º Diretor-Secretário
Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme	1º Diretor-Financeiro
Thiago Pires Silva Carneiro	2º Diretor-Financeiro
Soraya Brasileiro Teixeira	Diretor de Comunicação
Daniel Saliba de Freitas	Diretor de Interiorização
Frederico Horta	Diretor Acadêmico

SUMÁRIO

CONTENTS

APRESENTAÇÃO.....	7
NOTA DE AGRADECIMENTO.....	8
O TIPO PENAL DE <i>STALKING</i>: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO <i>THE CRIME OF STALKING: LEGITIMICY AND INTEPRATATION ISSUES</i>	
Claus Roxin.....	9
PROBLEMAS DE “IMPUTAÇÃO SUBJETIVA” NO DIREITO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL <i>PROBLEMS OF ‘SUBJECTIVE IMPUTATION’ IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i>	
Carl-Friedrich Stuckenberg.....	26
LAVAGEM DE CAPITAIS PROVENIENTES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, CP) <i>LAUNDERING OF FUNDS FROM SOCIAL SECURITY EVASION</i>	
Heloisa Estellita, Frederico Horta.....	48
LEI PENAL NO TEMPO E CRIMES TRIBUTÁRIOS MATERIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE PARCELAMENTO E PRESCRIÇÃO <i>CRIMINAL LAW AND IT’S RETROSPECTIVE APPLICATION ON TAX CRIMES: AN ANALYSIS CONCEARNING INSTALLMENT AND STATUTE OF LIMITATIONS</i>	
Felipe Machado Prates.....	80
<i>NE BIS IN IDEM</i> PENAL, PROCESSUAL E NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA <i>NE BIS IN IDEM IN CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE SANCTIONING</i>	
Etócles Brito Mendonça Dias Júnior, Ricardo Alves de Lima.....	99

ASPECTOS DA TIPICIDADE PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA INFORMAÇÃO

ASPECTS OF CRIMINAL TATBESTANDMÄSSIGKEIT ON THE GROUNDS OF PHILOSOPHY OF INFORMATION

Thiago Dias de Matos Diniz.....143

SOBRE A VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO BINÔMIO LIBERDADE-RESPONSABILIDADE

ON THE VULNERABILITY BY AGE OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE AND THE NECESSARY BINOMIAL FREEDOM-RESPONSIBILITY

Rodrigo José dos Santos Amaral.....167

CESARIANAS ELETIVAS NO BRASIL: EXERCÍCIO OU NEGAÇÃO DA AUTONOMIA DAS PACIENTES?

ELECTIVE CESAREAN SECTIONS IN BRAZIL: EXERCISE OR DENIAL OF PATIENTS' AUTONOMY?

Ana Clara Matias Brasileiro, Fernanda Araujo Pereira.....185

JUIZ DE GARANTIAS E O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO IMPARCIAL À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

GUARANTEES JUDGE AND THE JURISDICTIONAL IMPARTIALITY PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Gabriellen Carneiro de Melo.....222

LEI ANTICRIME E O BANCO DE DADOS GENÉTICOS: A EXPANSÃO DA VIGILÂNCIA E A FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL

ANTICRIME LAW AND THE NATIONAL DNA DATABASE: THE SURVEILLANCE EXPANSION AND THE DISCIPLINARY PUNISHMENT OF THE EMPRISONMENT'S LAW

Hélio Peixoto Júnior, Livia Yuen Ngan Moscatelli.....252

LINHA EDITORIAL.....281

DIRETRIZES ÉTICAS.....282

NORMAS DE SUBMISSÃO.....289

LAVAGEM DE CAPITAIS PROVENIENTES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, CP)

LAUNDERING OF FUNDS FROM SOCIAL SECURITY EVASION

Heloisa Estellita*
Frederico Horta**

Data de recebimento: 22/04/2021

Data de aceite: 30/05/2021

Última versão do autor: 30/05/2021

Resumo: Neste texto, originalmente redigido como parecer, os autores discutem os obstáculos dogmáticos para a consideração de um delito tributário como crime antecedente para a lavagem de dinheiro e suas repercussões práticas, especialmente para a prova da origem dos ativos objeto de lavagem. O caso examinado teria ocorrido sob a vigência da redação original do artigo 1º da Lei 9.613/98, que possuía rol taxativo de crimes antecedentes, dentre os quais não estavam os crimes tributários, por isso, discutem também sobre a natureza do crime descrito no art. 337-A, CP.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; lavagem de dinheiro; crime tributário; sonegação de contribuição previdenciária; objeto material da lavagem de dinheiro.

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito e Processo Penal da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

** Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais.

Abstract: In this text, originally written as a legal opinion, the authors discuss the dogmatic obstacles for the consideration of tax crimes as predicate crimes for money laundering, as well as its procedural repercussions, especially regarding the evidence that the assets laundered proceeded from a tax fraud. The offence would have been perpetrated under the original wording of article 1 of Law 9.613/98, which provided for a limited list of predicate crimes, among which were not the tax crimes, therefore, the authors also discuss the nature of the offense described in art. 337-A, CP.

Keywords: Economic Criminal Law; money laundering; tax fraud; tax evasion; proceeds of a predicate crime.

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Apresentação do texto: o parecer, seu contexto e pontos de interesse.; 1.2. Contorno dos fatos *sub judice* segundo a sentença; 1.2.1. A incongruência entre a denúncia e a sentença; 1.2.2. A tese central da sentença; 1.3. Advertência preliminar; 1.4. Documentos examinados; 1.5. Estrutura objetiva do tipo de lavagem de capitais à época dos fatos; 2. Acerca do crime antecedente; 2.1. Introdução; 2.2. O crime do artigo 337-A era crime antecedente da lavagem de capitais em 2007 e 2008?; 2.2.1. A lista taxativa vigente até 2012 e a exclusão dos crimes tributários como crimes antecedentes da lavagem; 2.2.2. O crime do artigo 337-A, CP: crime tributário ou contra a Administração Pública?; 2.2.3. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime do artigo 337-A do CP?; 2.2.4. Conclusão parcial; 3. Acerca do objeto da conduta; 3.1. Introdução; 3.2. Da origem do objeto da lavagem: a natureza, o tempo e o produto do crime antecedente; 3.2.1. Qualidades típicas do objeto material da lavagem de capitais; 3.2.2. Incertezas quanto ao delito apontado como antecedente na sentença; 3.3. Da vinculação entre o objeto da lavagem e o crime apontado como antecedente; 3.3.1. A proveniência criminosa como elemento do tipo; 3.3.2. A proveniência como requisito de subsunção e matéria de prova; 3.3.3. Ausência de correspondência entre o suposto produto do crime antecedente e os valores indicados como objeto de lavagem; 4. Resposta aos quesitos.

1. Introdução

1.1. Apresentação do texto: o parecer, seu contexto e pontos de interesse

O texto que apresentamos aos leitores da RICP é, fundamentalmente, um parecer a respeito dos fundamentos jurídico-penais de uma

condenação por lavagem de capitais, produzido por solicitação da defesa e submetido aos julgadores do recurso de apelação, que, vale dizer, foi provido para absolver o apelante.

A consulta versava sobre a subsunção das condutas delimitadas pela sentença ao disposto no artigo 1º, V, Lei 9.613/98, em sua redação original, anterior às alterações introduzidas pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Especificamente, questionava-se se os valores objeto de movimentações financeiras suspeitas, controvertidas no processo, poderiam ser considerados provenientes de uma suposta sonegação de contribuição previdenciária, apontada na sentença como delito antecedente de lavagem, e se tal delito poderia ser considerado como tal, nos termos da lei vigente ao tempo do fato.

Embora o estudo trate de fato ocorrido sob a vigência de legislação superada já há quase 10 anos, as teses nele desenvolvidas dizem respeito, fundamentalmente, a uma problemática atual: a dos obstáculos dogmáticos para a consideração de um delito tributário como crime antecedente para a lavagem dinheiro e suas repercussões práticas, especialmente para a prova da origem dos ativos objeto de lavagem.

No caso analisado, eram conhecidas movimentações financeiras suspeitas, iniciadas com a introdução de centenas de milhões de dólares no Brasil, a título de empréstimo a uma empresa brasileira, captado junto a um fundo de investimento sediado em um paraíso fiscal. Esses valores, segundo a acusação, teriam sido distribuídos entre empresas do mesmo grupo econômico e seus administradores.

Algumas dessas empresas interligadas eram renitentes devedoras do Fisco, que acumulavam autos de infração com notícias de crime tributário, e seus administradores já haviam sido, por diversas vezes, denunciados por sonegação fiscal ou apropriação indébita tributária em processos extintos pelo pagamento ou suspensos por refinanciamentos do débito. Formulou-se, por isso, a hipótese de que os valores recebidos do exterior seriam proveito de crimes tributários, reintroduzidos no Brasil na forma de empréstimo, de modo a ocultar sua origem espúria.

Os delitos tributários, contudo, não figuravam no rol dos delitos antecedentes de lavagem, previsto na lei do tempo dos fatos. A acusação, então, lançou mão de expediente comum à época: qualificou os administradores do grupo econômico como organização criminosa dirigida à prática de crimes tributários e os denunciou por lavagem do produto das atividades da dita organização, nos termos do antigo inciso VII, do art. 1º, da Lei 9.613/98. Ocorre que a estratégia veio a ser

desautorizada pela jurisprudência do STF, por falta de uma definição legal de organização criminosa ao tempo dos fatos. Em vista disso, em vez de absolver os acusados por atipicidade dos fatos narrados na acusação, a sentença apresentou um fundamento novo para a condenação: apontou, nos autos, um registro de que uma das empresas do grupo teria sido autuada por sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), considerando esse um crime “contra a administração pública”, tomou-o como o delito antecedente que faltara na denúncia, para então condenar os acusados por lavagem de dinheiro.

O caso, como se vê, já renderia uma crônica judiciária sobre a violação do princípio acusatório, com inovação da acusação e seu julgamento num único ato, da mesma autoridade. O parecer, contudo, se debruça sobre outros aspectos dessa crônica, de ordem material, cujo interesse para a dogmática do tipo de injusto de lavagem motivou sua publicação. Primeiramente, desvela a burla de etiquetas consistente em tomar como crime “contra a administração pública”, um delito de natureza essencialmente tributária, que o legislador rejeitara como antecedente de lavagem. Depois, lança luz sobre a necessidade de demonstração do vínculo entre os valores objeto das movimentações financeiras características de lavagem e o crime antecedente, do qual elas hão de ser provenientes, nos termos da lei.

Procuramos demonstrar que essa vinculação é especialmente difícil quando o crime antecedente é um crime tributário, mas que não pode ser dispensada nem sequer nessa hipótese, sob pena de se proibir – sob ameaça de pena e em flagrante e grave violação do direito à disposição do patrimônio lícito – a movimentação de quaisquer valores pertencentes ao autor ou beneficiário do crime tributário, ainda que independentes desse.

Os quesitos eram estes:

1. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do CP?
2. A partir dos pressupostos fáticos reconhecidos pela sentença, ou dos elementos de informação aos quais ela se reporta, é possível afirmar que os valores remetidos por um fundo de investimentos sediado em um paraíso fiscal para uma empresa brasileira, no Brasil, seriam provenientes de algum crime determinado, antecedente de lavagem de capitais?

As premissas fáticas e argumentos teóricos manejados para respondê-los, assim como as respostas, constam das seções seguintes, extraídas do parecer, que nesta versão se encontra devidamente anonimizado, com algumas circunstâncias alteradas ou excluídas para preservação da identidade das partes e demais sujeitos processuais, e circunscrito à sua face mais abstrata, livre das considerações sobre a prova e peculiaridades do processo, bem como das referências aos autos ou documentos examinados, que só interessavam à análise do caso concreto.

1.2. Contorno dos fatos *sub judice* segundo a sentença

1.2.1. A incongruência entre a denúncia e a sentença

Da sentença, espera-se a subsunção dos fatos às normas, que é a forma pela qual o direito é aplicado ao caso concreto.¹ No que tange às questões de direito material, a subsunção se desenvolve na forma de um silogismo, contendo uma premissa maior, representada por uma norma penal incriminadora; uma premissa menor, constituída pelos *atos* provados em conformidade com a regras do devido processo legal; e uma conclusão, de ajuste ou não desses fatos àquela norma.²

Um problema central do presente caso é a severa incongruência entre os *atos* (imprecisamente) narrados na denúncia e aqueles tomados por base para a elaboração do juízo de subsunção na sentença (igualmente de forma lacunosa, como será demonstrado). O defeito atinge em cheio a premissa menor do silogismo acima referido, porque não se trata mais de “atos provados em um devido processo legal”, mas de outros fatos, sobre os quais prova regular não foi produzida. O defeito, por si só, impede um juízo válido de subsunção. E esse impedimento é tanto de natureza processual penal, como de natureza substancial (penal).

¹ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 78 ss, também SIMON. *Gesetzesauslegung im Strafrecht: Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 29.

² BADARÓ. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 529. Com outras palavras, também PACELLI, *Curso de processo penal*, 16 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 638, e, antes ainda, GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 285. Silogismo e subsunção entendidos não como um processo automatizado e asséptico, mas no sentido de interpretação exaustiva de fatos e normas em conformidade com os cânones de interpretação juridicamente admitidos, dentre eles, especialmente o do limite do sentido literal possível do texto legal, que é a barreira intransponível ao aplicador da lei penal incriminadora por força do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF). Cf. PUPPE, ob. cit., p. 117 ss., SIMON, ob. cit., p. 100 ss., e ROXIN. *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band I*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006, § 5, nr. 30.

Essa divergência entre denúncia e sentença se debruça sobre a elementar central da lavagem: a *origem criminosa dos valores objeto das condutas de ocultar ou dissimular*, ou seja, sobre a natureza do objeto material da conduta. É que são esses valores, e somente eles, que, submetidos a atos de ocultação ou dissimulação, configurarão o crime tem tela. A denúncia diz que o objeto material da conduta seriam *valores obtidos com a prática de “sonegação fiscal” por meio de uma organização criminosa*. A sentença, diversamente, afirma que *o objeto material da conduta seriam valores devidos a título de contribuição social previdenciária pela empresa de comércio “C”, suprimidos ou reduzidos na forma de algum dos incisos do art. 337-A do CP*. Apenas para ilustrar, é como se a denúncia afirmasse que João ocultou o cadáver do gato “X” (fato atípico à luz do art. 211, CP) e a sentença, que João ocultou o corpo da dona do gato “X” (fato possivelmente típico, à luz do mesmo dispositivo).

Feitas essas advertências, percebe-se logo que não há como emitir parecer sobre a possível subsunção da conduta pela qual condenados os corréus, sem antes, justamente, determinar quais foram os fatos concretos tomados pela sentença para o juízo de subsunção ao crime do art. 1º da Lei 9.613/98.

1.2.2. A “tese central” da sentença

O primeiro trabalho dos pareceristas foi extrair da sentença alguma narrativa lógica sobre uma possível prática criminosa. Essa, que deveria ser uma tarefa trivial diante de uma sentença que aplica penas extremamente severas, revela-se nesse caso, porém, tarefa árdua. Isso se deve, primeiro, ao fato de que a própria denúncia não narrava um fato típico, era inepta, e não deveria ter sido recebida nos termos nos quais apresentada;³ depois, como será demonstrado no decorrer do parecer, por defeitos da sentença, que não apresenta uma narrativa completa, clara e concreta dos fatos que poderiam se subsumir ao tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/98.

³ A fonte mais relevante das nulidades em virtude da falta de correlação entre denúncia e sentença está justamente no recebimento de denúncias ineptas. Infelizmente, apesar da reforma no CPP, achanha-se o Poder Judiciário brasileiro no desempenho da tarefa de controle da aptidão da narrativa acusatória, pretendendo acertar, no decorrer da instrução, quais fatos da vida real poderiam ter um significado delitivo. Com isso, não só negam vigência a garantias processuais do mais alto valor (vide por todos STF, HC 83.301, DJ 06/08/2004), como atraem descrédito para o próprio sistema que, se bem funcionar, anulará tais processos mais à frente, com todo o desperdício de fundos públicos com a movimentação de feitos natimortos e, ainda, a sujeição ilegítima de cidadãos às cerimônias degradantes do processo.

Feita essa advertência, lê-se em certo ponto o que chamaremos de “tese central” da sentença para afirmar a prática do crime do art. 1º da Lei 9.613/98:

Portanto, pode-se concluir que a sistemática era a prática de sonegação previdenciária e fiscal (aqui se considera somente a primeira, visto que a segunda não pode ser considerada crime antecedente), seguida da ocultação e dissimulação dos valores, que retornavam através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez, repassava à [HOLDING A], e esta última pulverizava os valores entre todas as empresas do Grupo [C], inclusive sendo destinadas a repasse em espécie [ao sócio T].

Disso, se extrai que o crime antecedente – que teria gerado os valores criminosos objeto das ações típicas de ocultação e dissimulação – seria o de sonegação previdenciária, definido no artigo 337-A do CP. Trabalharemos, portanto, a partir dessa hipótese e analisaremos se tal prática era de fato criminosa na época e se os fatos amealhados na sentença são capazes de dar conta da caracterização de todas as elementares objetivas do crime de lavagem.

1.3. Advertência preliminar

Os aspectos processuais acerca da higidez da denúncia e de sua correlação com a sentença, relevantes no caso, não serão aqui analisados por fugir ao escopo da consulta e por serem objeto de outro parecer, elaborado por *expert* em processo penal.

1.4. Documentos examinados

Para a elaboração deste parecer nos foram apresentadas as cópias dos autos da ação penal, seus anexos e mídias.

Uma advertência com relação ao suporte probatório da sentença deve ser feita já neste momento. Porque, como visto, a sentença se assenta na tese de que o objeto material do crime de lavagem de capital atribuído aos acusados seria composto pelos valores oriundos da prática de crimes de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I, do CP), a análise dos fatos por ela invocados como crime antecedente e de sua qualificação jurídica demandaria exame dos documentos relativos aos processos administrativos referidos na sentença, notadamente os autos de infração que os inauguram, os lançamentos definitivos dos créditos tributários correspondentes e as certidões das suas consolidações.

Tais documentos, todavia, *não constam dos autos* e eram de importância central para compreender se as autuações fiscais se referiam a práticas possivelmente subsumíveis ao disposto no art. 168-A ou 337-A do CP. As consequências da falta desses documentos, *que consubstanciam a prova do crime antecedente*, serão abordadas no decorrer do parecer.

1.5. Estrutura objetiva do tipo de lavagem de capitais à época dos fatos

Nos anos de 2007 e 2008, quando teriam se dado os fatos criminosos, a redação do artigo 1º da Lei 9.613/98 era a seguinte:

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;⁴

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 (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).⁵

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Organizando as elementares dessa figura típica, temos que, para o juízo de subsunção será necessário que o fato real, determinado na sentença, preencha, no mínimo, os seguintes pressupostos no âmbito do *tipo objetivo*:

- a. crime antecedente (dentre os previstos nos incisos I a VI e VIII do artigo 1º da Lei 9.613/98, em sua redação original);

⁴ Redação dada pela Lei nº 10.701, de 2003.

⁵ Incluído pela Lei nº 10.467, de 2002.

- b. objeto da conduta: bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática do crime antecedente (a);
- c. conduta de (aa) dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, ou (bb) ocultar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade.

Ao longo do parecer, em vista do escopo geral da consulta, analisaremos os dois primeiros desses pressupostos objetivos do tipo penal de lavagem de capitais, o crime antecedente (infra 2, 2.1, 2.2, 2.2.1 e 2.2.2) e o objeto da conduta (Infra 3, 3.1, 3.2, 3.2.1, 3.3 e 3.3.1), a fim de verificar se os fatos definidos na sentença como pressupostos fáticos do juízo condenatório consubstanciam como antecedente um delito pertinente ao rol legal vigente à época dos fatos (infra 2.2.3), consumado antes dos atos apontados como configuradores de lavagem, e se há indicação ou prova do vínculo de procedência entre os valores apontados como objeto da lavagem e o suposto delito antecedente (infra 3.2.2, 3.3.2 e 3.3.3).

Ao final, a partir dos fundamentos estabelecidos e conclusões alcançadas em relação a cada um desses temas, responderemos aos quesitos formulados (infra 4).

2. Acerca do crime antecedente

2.1. Introdução

O simples fato de a denúncia ter proposto que o crime antecedente da lavagem de capitais fora o de *organização criminosa* estruturada para a prática de “sonegação fiscal” e a sentença ter afastado tal proposta, assentando-se na (inovadora) prática do crime descrito no artigo 337-A do CP, evidencia que a primeira tarefa dos Consulentes é examinar se tal crime era *antecedente* da lavagem, em conformidade com a redação vigente na época dos fatos.

2.2. O crime do artigo 337-A era crime antecedente da lavagem de capitais em 2007 e 2008?

Na ausência de definição legal do que seria a tal *organização criminosa* referida no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98 à época,⁶ a

⁶ A lacuna só foi colmatada em 2013, com a Lei 12.850, de 2 de agosto. Deu-se, portanto, posteriormente à reforma da Lei 9.613/98, pela Lei 12.683/12, que abolira o rol dos delitos antecedentes, ampliando o objeto material da lavagem quanto à origem.

sentença reconheceu, acertadamente, a impossibilidade de considerá-la para fins de crime antecedente, em respeito ao disposto no artigo 1º do CP e 5º, XXXIX, da CF,⁷ conforme já assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁸

Inaplicável o inciso VII do art. 1º, só se poderia cogitar da prática de lavagem que tivesse por objeto os bens, valores ou direitos oriundos da prática de um ou mais dos crimes indicados nos incisos restantes, desde que, evidentemente, estivessem bem narrados na denúncia. É que se trata, aqui, de pressuposto *sine qua non* já da tipicidade objetiva do crime de lavagem de capitais, conforme a estrutura da figura típica (cf. *supra*); tal qual, por exemplo, a existência de um *cadáver* para o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211, CP), ou da *coisa que é produto de crime*, na receptação (art. 180, CP).

2.2.1. A lista taxativa vigente até 2012 e a exclusão dos crimes tributários como crimes antecedentes da lavagem

Até a reforma da Lei 9.613/98 pela Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012, o crime de lavagem de capitais somente poderia ter por objeto material os bens, valores ou direitos provenientes da prática de um rol de crimes legalmente estabelecido. Tratava-se, dizia-se, de uma legislação de segunda geração, que superara a geração anterior ao ampliar os crimes antecedentes para além do tráfico de entorpecentes, mas ainda não atingira a terceira geração, com a abolição da lista taxativa,⁹ o que só ocorreu em 2012.

Dentre os crimes antecedentes taxativamente selecionados pelo legislador, *não* estavam os crimes contra a ordem tributária, prioritariamente definidos, naquele momento histórico nos artigos 1º e 2º da Lei

⁷ Cf. ESTELLITA. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59 ss.

⁸ Nesse sentido, os seguintes precedentes, todos do STF: AP 470, HC 108715, RHC121835 AgR, RHC130738 AgR.

⁹ Cf. BOTTINI; BADARÓ. *Lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97-99; MAIA. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67-70. No Reino Unido, cf. ALLDRIDGE; MUMFORD. *Tax evasion and the Proceeds of Crime Act 2002*. *Legal Studies*, v. 25, n. 3, p. 353-373, 2005, p. 360-363. Sobre a incompatibilidade entre uma abertura total para quaisquer crimes antecedentes e o princípio da legalidade (determinação) e o da proibição de excesso, cf. ALTE-NHEIN. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 393.

8.137/90 e no artigo 95, especialmente alínea “d”, da Lei 8.212/91.¹⁰ A razão dessa opção pode ser resgatada historicamente da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98:

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 (itálico nosso).¹¹

Essa escolha legislativa alinhava-se à de outros países com ordenamentos jurídicos familiares ao nosso.¹² Um argumento central em

¹⁰ A subscritora entende que também o crime de descaminho é um crime tributário, ou seja, um dos que protegem a arrecadação tributária, cf. ESTELLITA; BOTTINI. Extinção da punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas. In: ESTELLITA, Heloisa; PAULA JÚNIOR, Aldo de; SALUSSE, Eduardo (Orgs.). *Regime especial de regularização cambial e tributária (rerct): Aspectos práticos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 237–258, especialmente p. 247 ss. No mesmo sentido, BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., 2016, p. 115.

¹¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos n. 692/MJ, 1996. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>

¹² Para o Brasil, cf. por todos, TUMBIÓLO TOSI. *Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro*. Universidade de São Paulo, 2016, p. 10–14, *passim*. Na Alemanha, o crime tributário como antecedente foi introduzido em 2002, cf. VOß. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007, já na introdução, p. 1; também TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed., Vahlen, 2017, p. 388, 389. Na Suíça, cf. BOURQUIN. *Steuergeldwäscherei in Bezug auf direkte Steuern*. Zürich: Carl Grossmann, 2017, p. 2–12. No Peru, CARO JOHN. *Dogmática penal aplicada*. Lima: ARA, 2010, especialmente p. 197 ss. Na Espanha, MALLADA FER-NÁNDEZ. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 169 ss., mas especialmente BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 466 ss.

favor da não inclusão dos crimes tributários dentre os antecedentes da lavagem é o de que o objeto material do crime tributário não poderia, já por razões lógicas, ser objeto de lavagem de dinheiro: se se trata de valores oriundos de operações com conteúdo econômico lícito, tanto que sujeitas à tributação – que não pode ter por base ato ilícito (cf. art. 3º, CTN) –, não se poderá dizer que sua entrada no patrimônio seja oriunda da prática de crime, ainda que, posteriormente, não se venha a saldar a dívida tributária.

A discussão em torno dessa oposição lógica encontra-se em pleno andamento.¹³ Mas, mesmo para os que aceitam que a economia feita com o desvencilhar-se de uma despesa (tributária) possa ser considerada objeto da lavagem, ainda assim o tema não perde em complexidade.¹⁴ É que é praticamente impossível determinar, dentre todo o patrimônio da empresa, onde estarão os valores “sujos” e os “limpos”, já que especificamente o produto do crime tributário já se encontra no patrimônio do sujeito ativo e não é sequer por ele individualizado.¹⁵

A figura oposta deixa mais claro o ponto: em casos como o de furto, estelionato, corrupção passiva etc., há um *acréscimo* patrimonial que se integra ao patrimônio do agente. Esse acréscimo pode ser *rastreado* e, assim, mesmo que se trate de valores (depósitos bancários, por exemplo) e não de bens, é possível identificar sua alocação no patrimônio do agente. No crime tributário, na maioria das vezes, e especialmente em se tratando de empresas com diversas contas bancárias, essa tarefa será muitíssimo árdua, senão impossível.¹⁶

¹³ Contra tal possibilidade, entre nós TUMBIOLO TOSI, ob. cit., p. 40–44, admitindo que apenas nas hipóteses de responsabilidade tributária e restituições haveria efetivamente um produto gerado pelo crime fiscal. Também TURBIANI. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 119, p. 359–386, 2016, especialmente p. 365 e ss. Um panorama da discussão na Espanha em DEMETRIO CRESPO. *Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero*. *Revista General de Derecho Penal*, v. 12, n. 87, p. 99–119, 2016, p. 111 ss.; e, claro, BLANCO CORDEIRO, ob. cit., p. 502 ss. Particularmente crítico, HERZOG. *Geldwäsche*. In: *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, nm. 85.

¹⁴ A favor dessa possibilidade, na Alemanha, VOß. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007, p. 119; entre nós, BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 117; na Espanha, BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 507–511.

¹⁵ TIEDEMANN, ob. cit., Rn. 946.

¹⁶ Não por outra razão, VOß sustenta a inaplicabilidade prática do § 261 StGB (VOß, ob. cit., p. 136) e Blanco Cordeiro o âmbito extremamente pequeno de aplicabilidade

Uma das saídas propostas para tal impasse foi considerar que a quantia *economizada* contaminaria todo o patrimônio da empresa e, assim, quaisquer atos de ocultação ou dissimulação posteriores à consumação do crime tributário constituiriam o crime de lavagem de capitais.¹⁷ A proposta parece incompatível com nosso direito positivo. Já o sentido literal mínimo da palavra *proveniente* o impede: os valores que não provêm do crime, ainda que tomem contato com valores com tal origem, não são, por impedimento lógico (lei do terceiro excluído), produtos do crime. Ademais, há o óbice incontornável de violação ao direito à propriedade previsto no art. 5º, *caput*, CF, cuja destituição só pode se dar nos termos do disposto em seu art. 243 ou da lei, sendo que o art. 91, II, b, do CP só autoriza a perda do *produto* do crime ou de bem ou valor que configure *proveito* auferido com sua prática.¹⁸

Essa interessante e importante discussão, porém, não cumpre ser aqui captada, pois há óbice logicamente antecedente que inviabiliza, por si só, a afirmação da tipicidade da conduta dos acusados: os crimes tributários (dentre eles os dos arts. 168-A e 337-A, CP) *não eram antecedentes da lavagem ao tempo dos fatos* narrados na denúncia.¹⁹

da lavagem de valores oriundos da fraude tributária (BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 518). Entre nós, Bottini e Badaró a constatarem a mesma dificuldade, porém acabam não a enfrentando. O argumento de que houve *muita* ou *pouca* lavagem, e que disso dependeria a configuração só de um crime tributário ou deste e de um de lavagem, pressupõe, logicamente, uma contaminação total, contra a qual, porém, posicionam-se os próprios autores (BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., compare-se p. 118 com p. 113).

¹⁷ Cf. Esta discussão em VOß, ob. cit., p. 129-130, e BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 515-520. A favor da contaminação total, por exemplo, ALTENHEIN. § 261 Geldwäsche. In: *Nomos Kommentar StGB*, 2017, nm. 77-78.

¹⁸ Contra a contaminação total, manifestaram-se, dentre outros, TIEDEMANN, ob. cit., Rn. 945; VOß, ob. cit., p. 134; BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 113; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 516. Essencial DELNON; HUBACHER. *Geldwäscherei und Teilkontamination*. ZStrR – Schweizerische zeitschrift für strafrecht, v. 3, p. 326-350, 2016. Cf. a crítica de Bülte no sentido de que o crime de lavagem vai se tornando um “crime de contato” (BÜLTE. *Zu den Gefahren der Geldwäschereibekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung*. NZWiSt, p. 1-20, 2017, p. 279).

¹⁹ Registre-se que, apesar de vivo o debate, é cada vez maior o número de países que passam a admitir, legislativamente, o crime tributário como antecedente da lavagem, especialmente em virtude da pressão internacional exercida pelo FATF/GAFI. A alteração em nossa legislação, em 2012, é igualmente produto desse cenário.

2.2.2. O crime do artigo 337-A, CP: crime tributário ou contra a Administração Pública?

A infeliz história da alocação aleatória da incriminação do não pagamento de contribuições sociais “previdenciárias” mediante fraude no bojo do artigo 337-A do CP, por força da Lei 9.983/2000, bem como a absoluta desnecessidade da incriminação autônoma, já foram contadas em outra sede.²⁰ Por ora, determinante é ter em conta que, segundo a opinião majoritária,²¹ as duas figuras típicas “polvilhadas” no CP por esse diploma legislativo protegem *um mesmo bem jurídico* cuja essência reside na *tutela da arrecadação tributária*, em geral, como para a parecerista,²² ou ligada especificamente à espécie tributária “contribuição social”,²³ como expressão da arrecadação para a seguridade social,²⁴

²⁰ Cf. ESTELLITA. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – aspectos gerais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, p. 309–350, 2001, p. 310, com ulteriores referências bibliográficas; referido pelo STJ, REsp 1.212.911, 2012, p. 9. Igualmente críticos, SÁNCHEZ RIOS. *Tutela penal da seguridade social*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 33–34; SARAIVA. *Omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: objeto material e tipo*. In: PEITOXO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; CARLOS SOARES SANT’ANNA (Orgs.). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: MP, 2005, p. 404; QUANDT. *A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 461.

²¹ As divergências que registramos são meramente aparentes, porque confundem *finalidade da norma ou sua ratio* com *bem jurídico tutelado*, como o faz, por exemplo, Monteiro ao afirmar que a “objetividade jurídica” é a “regular escrituração contábil no que se refere aos dados exigidos pela Previdência Social” (MONTEIRO. *Crimes contra a Previdência Social*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55), todavia, adiante, afirma que este tipo penal tem a “natureza jurídica de crime de sonegação fiscal” (cf. p. 56). Críticas a essa confusão em ESTELLITA. *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32; e também em BADARÓ. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 53 e 223, dentre outros.

²² ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 309–350, 2001, p. 322. ESTELLITA, *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*, ob. cit., p. 190 ss. “Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente díspares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP)”, decidiu o STJ no REsp 1.212.911, já em 2012; repetindo-o em 2013 no REsp 859.050.

²³ EISELE. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 35–36, que o coloca ao lado dos crimes definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90.

²⁴ CASAGRANDE. *Crimes contra a seguridade social*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 53.

patrimônio da previdência social,²⁵ patrimônio da Previdência,²⁶ contra a Previdência Social.²⁷

Esse entendimento se assenta em uma série de fundamentos dos quais cumpre destacar os decisivos.

O fundamento *histórico*: as condutas previstas nos artigos 168-A e 337-A nada mais são do que a criminalização em dois blocos de condutas daquelas anteriormente previstas nos diversos incisos do artigo 95 da Lei 8.212/91, que dispôs sobre a organização da Seguridade Social.

O *sistemático*: também as contribuições sociais devidas à Seguridade Social têm a natureza de tributos, tais quais os “tributos e contribuições sociais” tutelados pela Lei 8.137/90.²⁸ Esse fundamento esteve, inclusive, na base da aplicação por analogia in *bonam partem* da causa de extinção da punibilidade pelo pagamento prevista no artigo 3º da Lei 9.249/95, que se referia exclusivamente aos crimes tributários previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e Lei 4.792/65.²⁹

O de *direito positivo*: pois, a partir de 2003, é o próprio legislador quem reconhece expressamente que aos “crimes tributários” – ou seja, aqueles que tutelam a arrecadação de tributos – deve ser dado tratamento uniforme quanto aos efeitos do pagamento e do parcelamento: a Lei 10.684/2003, que determinou um *tratamento único* para os efeitos do parcelamento e do pagamento quanto “aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”³⁰; tratamento que se repetiu nos dois diplomas legais

²⁵ GOMES. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80; MACIEL FILHO. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 111.

²⁶ SÁNCHEZ RIOS, ob. cit., p. 39.

²⁷ ANDRADE FILHO. *Direito penal tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

²⁸ Cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 309–350, 2001, p. 310, em conformidade com decisão do STF no RE 146.733, Plenário, 1992.

²⁹ Cf. STF, *HC 73418*, de 1996. Outras referências em Cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 310, p. 344–345.

³⁰ Lei 10.684/2003: “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o 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. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º 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”.

que a sucederam: arts. 68 e 69 da Lei 11.941/2009;³¹ e as alterações promovidas pelo art. 6º da Lei 12.382/2011, ao disposto no artigo 83 da Lei 9.430/1996.³² Pouco antes, em 2010, também o legislador é quem passa a exigir igualmente para os crimes dos arts. 168-A e 337-A, CP, que a representação fiscal para fins penais só fosse encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.³³ A determinação legislativa passou a ser cumprida pelos tribunais, do que são representativos, ilustrativamente, estes precedentes do STJ: HC 123.969, de 2010; RHC 68.857, de 2016. Finalmente, a própria lei que instituiu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) tratou o crime do art. 337-A, CP, como crime tributário (cf. art. 5º, § 1º, III, Lei 13.254/2016), ao lhe dar o mesmo tratamento dado aos crimes da Lei 8.137/90.

Os âmbitos nos quais ainda faltava a harmonia de tratamento foram colmatados também jurisprudencialmente. Dada unidade de regime que deve presidir o tratamento de todos os crimes tributários, passou-se a aplicar a *Súmula Vinculante/STF n. 24* aos crimes dos arts. 168-A e 337-A, CP, do que são ilustrativos os seguintes precedentes,³⁴ todos do STJ: AgRg no REsp 1.416.220, AgRg no Ag em RE 469.137, RHC 27.774, 2017; HC 253.655, 2016; RHC 40.411, 2014; AgRg no AgRg no HC 84.573, AgRg RHC 17.513, HC169.994, 2013; Rcl 5.064, RHC 24.876, HC 243.889, 2012; HC 114.051, 2011; HC 105.361, HC 137.761, 2010. E também os patamares de *insignificância* aplicados aos demais crimes tributários: AgRg no REsp 1.350.606, 2016; AgRg no REsp 1.024.828, 2012; AgRg no REsp 1.171.559, AgRg no REsp 1.166.145, REsp 1.168.078, 2011.³⁵

³¹ Lei 11.941/2009: “Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1o a 3o desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei”.

³² Importa o tratamento conjunto dado já pelo *caput* desse artigo, acima transcrito.

³³ Redação dada ao *caput* do art. 83 da Lei 9.430/1996 pela Lei n. 12.350, de 2010.

³⁴ Limitamos a pesquisa jurisprudencial aos precedentes a partir de 2010 para não cansar o leitor.

³⁵ Os pareceristas têm reservas a alguns pontos desse entendimento, mas, como elas não dizem respeito ao fato de que todas essas figuras típicas protegem o mesmo bem jurídico, não cumpre discorrer sobre o tema nesta oportunidade.

Seria fraqueza de espírito continuar argumentando depois que intérpretes, legislador e magistrados convergem quanto a que os crimes dos arts. 168-A e 337-A são crimes tributários, que protegem a arrecadação tributária (ainda que se a deseje segmentar em função da arrecadação deste ou daquele tributo³⁶).

Cumprir examinar, porém, se esses crimes tributários são crimes “contra a Administração Pública” para os fins do disposto no art. 1º, V, da Lei 9.613/90, pois a sentença precisou considerar o art. 337-A como um crime dessa natureza para que pudesse afirmar – ainda que hipoteticamente (*v. infra*) – a existência de valores oriundos da prática de um dos crimes antecedentes, à época taxativamente descritos nos incisos do art. 1º da Lei 9.613/98.

2.2.3. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime do artigo 337-A do CP?

O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 listava como passíveis de formação do objeto material do crime de lavagem de capitais os crimes “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”. Esse rol de crimes, evidentemente, não abarcava os crimes tributários existentes na época (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e art. 95 da Lei 8.212/91), e sequer poderia abarcar os arts. 168-A e 337-A, CP, simplesmente porque *inexistentes* em 1998.

Em 1998, quando da promulgação da Lei 9.613/98, decidiu o legislador excluir do rol de antecedentes *todos* os crimes tributários, os quais, na época, lembremos, estavam definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e art. 95 da Lei 8.212/91. Foi somente em 2000 que o polvilhar legislativo sapecou algumas figuras do art. 95 da Lei 8.121/91 no art. 168-A e outras no 337-A do CP.

Cumprir reconhecer, porém, que uma leitura mais apressada do artigo inciso V poderia sugerir uma referência a todos aqueles crimes definidos no Título XI do Código Penal, intitulado “Dos crimes contra a Administração Pública”, do que decorreria que, tendo sido alocado topograficamente o artigo 337-A nesse título, mesmo que *posteriormente*

³⁶ A questão tem relevância para a análise da cominação legal da pena (cf. ESTELLITA, *Crimes previdenciários*, ob. cit., p. 336-346), mas não para a determinação da natureza dos crimes.

à entrada em vigor da Lei 9.623/98, teria ele passado a ser crime antecedente da lavagem. Essa foi a leitura da sentença, como visto. Uma série de fundamentos evidencia a improcedência desse entendimento, porém.

A uma porque o inciso V não se referiu a um Título ou Capítulo do Código Penal, sequer usou a rubrica de figuras penais específicas (como fez no inciso I, por exemplo),³⁷ nem mesmo indicou os dispositivos do CP, como fez relativamente ao crime “praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)”, no inciso VIII. Portanto, não se pode deduzir do texto do inciso V, por si só, que todos os crimes dos artigos 312 a 359-A estariam por ele abarcados.

A duas porque o fato de determinar que seriam antecedentes os crimes 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”, estava a indicar o conteúdo de injusto que tinha em mente o legislador: *aqueles praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública*. A advertência na segunda parte do inciso serve justamente para indicar quais tipos de “crimes contra a Administração Pública” poderiam ser considerados antecedentes da lavagem: aqueles que envolvam o recebimento de um benefício para a prática de “atos administrativos”, algo que, sabem todos, apenas funcionários públicos podem praticar ou omitir. Não por outra razão, mas justamente por essa, é que se considerou como antecedente da lavagem a prática do crime do art. 3º da Lei 8.137/90 sob o manto justamente do inc.V do art. 1º da Lei 9.613/90.³⁸ O crime do art. 3º da Lei 8.137/90 define justamente crimes *funcionais* contra a ordem tributária.³⁹

³⁷ Igualmente críticos, MAIA, ob. cit., p. 76-79, e PITOMBO. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115.

³⁸ STJ, *REsp 1.170.545*, 2014.

³⁹ Lei 8.137/90: “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou in-

Finalmente, o emprego do argumento topográfico para afirmar que crimes como o do art. 337-A do CP são crimes contra a Administração Pública implica, por exigência *lógica*, afirmar que todos os crimes tributários têm tal natureza, o que importa negar a exclusão manifesta desses crimes dentre os antecedentes já em 1998, o que contraria a interpretação gramatical, história e sistemática da redação original do artigo 1º da Lei 9.613/98, acima apresentada, e que, de rebarba, demonstraria a *contradição* insuperável na própria tese sustentada pela sentença no sentido de que os crimes de “sonegação fiscal” não estariam incluídos dentre os antecedentes.

2.2.4. Conclusão parcial

O crime descrito no artigo 337-A do Código Penal não é um crime contra a Administração Pública no sentido empregado ao termo pelo art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, em sua redação original, aplicável na época dos fatos, e, assim, o eventual proveito econômico de sua prática não poderia ser objeto das condutas típicas previstas no art. 1º do mesmo diploma legal.

3. Acerca do objeto da conduta

3.1. Introdução

Apesar de o crime descrito no artigo 337-A, CP, não estar entre os crimes antecedentes da lavagem de capitais na época dos fatos julgados pela sentença, há ulteriores óbices também no âmbito do tipo objetivo que indicam a impossibilidade de subsunção desses fatos à figura típica do artigo 1º da Lei 9.613/98.

O tipo penal pressupõe um objeto material para as condutas incriminadas em seu *caput* e parágrafos. Essas condutas devem incidir sobre bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática do crime antecedente. Na tese da sentença, as ocultações e dissimulações teriam tido por objeto valores provenientes da “supressão ou redução de contribuição social previdenciária e qualquer acessório”. A sentença não estabelece, todavia, por qual forma típica teria sido praticado esse crime: se mediante a conduta de “omitir de folha de pagamento

diretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Note-se a expressa menção ao Título XI, Capítulo I, do CP, ou seja, aos crimes praticados *por funcionários públicos* contra a Administração em geral.

da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços”; de “deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços”, ou, enfim, de “omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias” (art. 337-A, *caput* e seus incisos).⁴⁰

Os valores suprimidos ou reduzidos mediante a prática dessas condutas teriam sido, segundo a sentença, exatamente aqueles que foram objeto de “ocultação e dissimulação”, pois “retornavam através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez, repassava à [HOLDING A], e esta última pulverizava os valores entre todas as empresas do [Grupo C], inclusive sendo destinadas a repasse em espécie [ao sócio administrador T]”.

O que a sentença *não explica*, porém, é como que os valores economizados com o não pagamento fraudulento das contribuições sonegadas (art. 337-A, CP) pela EMPRESA C foram parar nas contas bancárias do tal fundo estrangeiro com sede em um paraíso fiscal.

Ora, se os atos de ocultação e dissimulação têm de ter por objeto *justamente* os valores providentes da prática do crime antecedente no âmbito da EMPRESA C, era condição *sine qua non* para a tipicidade objetiva que a sentença narrasse e apontasse as provas de que os valores criminosamente sonegados eram justamente aqueles remetidos pelo FUNDO F ao Brasil, de forma supostamente dissimulada (pela sistemática do “empréstimo direto” de um fundo em nome de outra pessoa jurídica). O que a sentença omite é explicar, demonstrando, como é que os valores de sonegação de contribuição previdenciária teriam ido parar nas contas bancárias *offshore* do FUNDO F. Falta, assim, um dos elos indispensáveis dessa sequência de operações financeiras, justamente aquele que ligaria o proveito do delito antecedente e os valores provenientes do exterior, distribuídos entre as empresas do dito “Grupo C”.

⁴⁰ É certo que em certo ponto da sentença é mencionado o “crime previsto no art. 337A, I, do Código Penal” (com indicação de inciso; o I). Porém, ao transcrever sua tipificação, a sentença apresenta a integralidade do art. 337-A, com seus três incisos, deixando novamente em aberto qual deles tipifica o suposto crime antecedente vislumbrado pela sentença.

Para que tal narrativa fizesse algum sentido à luz da almejada subsunção ao tipo penal do art. 1º, V, Lei 9.613/98, seria necessário construir e provar a seguinte sequência lógica e cronológica: supressão fraudulenta de valores devidos a título de contribuições sociais previdenciárias pela EMPRESA C (art. 337-A, CP) > remessa desses valores para o FUNDO F > transferência desses valores à conta da EMPRESA B > repasse da EMPRESA B à HOLDING A > pulverização desses valores entre empresas do Grupo C e a pessoas físicas.

Nesse ponto, aparece com clareza a discrepância entre narrativa da denúncia e da sentença. Enquanto a acusação fundava a lavagem na prática de crimes antecedentes indeterminados de “sonegação fiscal”, por terem sido supostamente praticados por organização criminosa, a sentença apoia a tipicidade dos atos de lavagem na tese de que eles teriam por objeto o proveito de um determinado crime de sonegação previdenciária, presumidamente registrado em um informe de procedimento fiscal colacionado aos autos.

Segundo a sentença, seria possível extrair desse informe não apenas notícia, mas prova da prática de sonegação de contribuição previdenciária, crime previsto no artigo 337-A do CP, pelos gestores da EMPRESA C.

Resta, pois, examinar se a sentença descreve o delito antecedente de forma suficiente para lhe vincular os atos de lavagem, se a sentença indica o suposto vínculo entre esses atos e aquele crime, bem como se há, nos autos, elementos de informação dos quais a sentença pudesse extrair tais dados.

3.2. Da origem do objeto da lavagem: a natureza, o tempo e o produto do crime antecedente

3.2.1. Qualidades típicas do objeto material da lavagem de capitais

Sendo o objeto material da lavagem de capitais, segundo a redação original do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, vigente ao tempo dos fatos, bens, direitos ou valores *provenientes, direta ou indiretamente, de algum dos crimes* previstos à época no rol dos antecedentes, o juízo de subsunção das “transações atípicas” a algum dos tipos de lavagem de capitais requer que se aprecie e aponte nos valores movimentados qualidades muito peculiares. Para concluir que determinados ativos foram objeto de lavagem é preciso antes afirmar que esses ativos são produto de um ou mais crimes, determinados pelo menos quanto ao seu tipo, ao seu tempo e quanto ao resultado ou vantagem dele decorrente.

a) Ser proveniente de delito determinado quanto ao tipo;

Primeiramente – e eis aqui uma peculiaridade da lei vigente ao tempo do fato art. 1º da Lei 9.613/98 (*vide* B 2 “a”, *supra*) – é preciso ter clareza sobre o tipo do crime, porque o objeto material da lavagem não poderia ser proveniente de qualquer infração penal, mas apenas de uma daquelas referidas nos incisos do *caput* do art. 1º (por exemplo, contrabando, tráfico) ou delimitados pela classe, segundo o bem jurídico ofendido (Ex. contra a administração pública ou contra o sistema financeiro nacional, nos incs.V e VI).

b) Ser proveniente de delito anteriormente praticado;

A verificação do momento do crime é igualmente indispensável, pois o objeto dos atos de lavagem é justamente o valor dele proveniente. E sendo assim, só pode sê-lo o produto de um crime praticando *antes* dos atos de ocultação ou dissimulação, tal qual só se pode falar em ocultação de um cadáver uma vez que uma pessoa já tenha morrido. Por isso é tão comum se referir ao delito produtor pela expressão crime *antecedente*.

Não bastasse, segundo entendimento majoritário da doutrina,⁴¹ a aplicação da STF/SV 24 aos crimes tributários – dentre eles ao do art. 337-A, como visto – implicaria em um limite temporal à própria existência do ganho patrimonial advindo da economia feita com o não pagamento criminoso de tributos (sobre esta discussão, *vide infra*). Esse limite temporal seria o encerramento da discussão administrativa: somente a partir deste momento, aquela parcela de patrimônio passaria a ser “produto de crime” e, portanto, apenas atos de ocultação ou dissimulação temporalmente posteriores exercidos sobre esse objeto é que poderiam configurar a prática do crime do art. 1º da Lei 9.613/98.⁴²

O óbice apresentado por esta tese não é superável pelo disposto no artigo 2º, I, da Lei 9.613/98, pois de *prova* do crime antecedente não se trata, mas, sim, de “inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo”, do que decorre que “sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal” (STJ, RHC 73599, 2016).

⁴¹ Com o qual os subscritores não necessariamente concordam, nem tanto pelos efeitos quanto ao crime de lavagem, os quais parecem coerentes com a premissa da SV 24, mas pelo próprio conteúdo da Súmula. Esta discussão é irrelevante para a questão analisada neste parecer, porém.

⁴² Cf. TUMBIOLO TOSI, *ob. cit.*, p. 84; TURBIANI, *ob. cit.*, p. 375; BOTTINI; BADARÓ, *ob. cit.*, p. 118.

c) Ser proveniente de crime determinado quanto ao resultado.

Finalmente, como o objeto material da lavagem são os bens ou valores provenientes direta ou indiretamente da infração antecedente, esta haverá de ter produzido “resultado ou frutos”.⁴³ E, sendo assim, a clareza quanto ao produto do crime anterior é condição lógica de vinculação a ele dos ativos que vêm a ser objeto dos atos característicos de lavagem. Só é possível saber se determinados bens, direitos ou valores são provenientes direta ou indiretamente de um crime, em se conhecendo com clareza qual foi o resultado desse crime, especificamente quais ganhos economicamente apreciáveis dele decorreram, para os seus agentes ou para terceiros. É o que se chama de *nexo causal econômico* ou *cadeia causal* entre o crime antecedente e o objeto sobre o qual recai o ato de lavagem (ocultação, dissimulação etc.).⁴⁴

3.2.2. Incertezas quanto ao delito apontado como antecedente na sentença

A incerteza sobre o tipo de crime que supostamente teria sido constatado no procedimento fiscal referido em certa folha dos autos, se sonegação ou apropriação indébita tributária, não permite vislumbrar nele *sequer a notícia* de uma fonte de ativos que pudessem ser objeto da lavagem de capitais, segundo a sua antiga configuração típica aplicável ao caso. O frágil argumento topográfico manejado para afirmar que o crime do artigo 337-A seria um crime contra a administração pública – tese que já demonstramos equivocada e superada pela jurisprudência nacional – *definitivamente* não se aplica ao crime do artigo 168-A do CP, seja porque, para usar a lógica da sentença, está entre os crimes contra o patrimônio, seja porque, como nos parece correto, trata-se de crime

⁴³ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 111-115 ss.; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 515-518.

⁴⁴ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 109 ss.; BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 345 ss.; VOB, ob. cit., p. 119-130; STREE; HECKER. § 261 Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: SCHÖNCKE; SCHRODER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. ed. [s.l.]: Beck-Online, 2014, nr. 10; ALTENHEIN, § 261, ob. cit., nr. 53; NEUHEUSER. § 261 Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 2. ed. [s.l.: s.n.], 2012, nr. 45; HERZOG. § 261 StGB – Geldwäsche Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: HERZOG, Nestler (Org.). *Geldwäschegesetz*. [s.l.]: Beck-Online, 2014, nr. 50; BARTON. Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her? *NStZ*, v. 4, n. 1, p. 159-165, 1993, *passim*.

tributário. Ambas as classes não contempladas no antigo rol do artigo 1º da Lei 9.613/98.

Por fim, a “prova” do crime antecedente apontado pela sentença não indica a sua anterioridade aos atos suspeitos de lavagem, pois não informa quando as irregularidades teriam sido praticadas, nem quando teria ocorrido o lançamento definitivo das contribuições por meio delas supostamente suprimidas, reduzidas ou indevidamente retidas. O informe apenas menciona o ano, no campo “período”. Não há indicação de meses, nem clareza se este teria sido mesmo o ano das irregularidades apuradas na fiscalização ali registrada.

Como dito, segundo orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal e jurisprudência amplamente dominante, baseada na Súmula Vinculante n. 24, o momento consumativo dos crimes que têm por resultado a supressão ou redução de tributo é a constituição definitiva do crédito tributário.⁴⁵ E sendo assim, o documento invocado para a condenação tampouco atesta a consumação de crimes antecedentes. Sem informações sobre o tempo da conduta típica nem sobre o momento consumativo de um crime não é possível ver nele a origem que qualifica o objeto material da lavagem de capitais. Concretamente, não há como saber se a supressão ou redução de contribuição previdenciária, que a sentença supõe ter sido praticada no seio da EMPRESA C, foi *anterior* ou *posterior* à presumida remessa ao FUNDO F dos valores que, segundo a sentença, teriam retornado a título de empréstimo, desse fundo para a EMPRESA B.

3.3. Da vinculação entre o objeto da lavagem e o crime apontado como antecedente

3.3.1. A proveniência criminosa como elemento do tipo

A verificação das qualidades típicas do objeto material da lavagem, segundo a forma original do tipo, não se encerra com a constatação da prática de um delito incluído no revogado rol do artigo 1º da Lei 9.613/98, anteriormente aos atos de ocultação ou dissimulação, do qual tenha resultado um proveito econômico. É preciso naturalmente verifi-

⁴⁵ Neste sentido, pacífica a jurisprudência do STF, conforme ilustram os seguintes precedentes: ARE 103.1806 AgR; HC 126.072 AgR; RHC 122.339 AgR, RHC 122.775, HC122.755 sendo paradigmas o HC 90.957, após a edição da Súmula Vinculante n. 24, e antes mesmo dela o HC 85.051. Especificamente sobre o momento consumativo da sonegação de contribuição previdenciária, cf. RHC 132.706 AgR e ARE 897.714 AgR.

car que justamente os bens, direitos ou valores objeto de uma conduta típica de lavagem “são provenientes, direta ou indiretamente, de crime”.

Bens diretamente provenientes (*producta sceleris*) da infração correspondem ao seu produto propriamente dito (produto direto). São aqueles cuja disposição resulta imediatamente da conduta típica, como o que é dado em pagamento pela venda de droga ou o que é desviado no peculato. Já os indiretamente provenientes (*fructa sceleris*) do crime, referidos no art. 91, II, “b”, do CP como seus *proveitos*, são os resultantes da *transformação* ou *substituição* do produto direto, que guardam por isso uma ligação mediata, intermediada, com prática delitiva. Assim o imóvel adquirido com dinheiro de corrupção ou os rendimentos e lucros de aplicação do valor original.⁴⁶

Em qualquer caso, como se vê, há uma necessária relação lógica entre o crime antecedente e o objeto da lavagem, segundo a qual aquele é *causa* e este o *efeito*: uma verdadeira *relação de causalidade*. Segundo a concepção dominante de causa, consagrada no artigo 13, *caput*, do CP, causa é toda condição necessária do resultado, na falta da qual este não teria ocorrido. A verificação da relação de causalidade segundo esta concepção, conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, baseia-se num método disposto no próprio conceito de causa: o método da eliminação hipotética. Conforme esse método, haverá relação de causalidade entre dois fenômenos sucessivos quando a hipotética inexistência do primeiro importar no desaparecimento do segundo.⁴⁷ E sendo assim, pelo conceito legal de causa, determinados ativos só podem ser objeto de lavagem de capitais se a inexistência hipotética do delito antecedente prejudicar a própria existência desses ativos.⁴⁸

Segundo uma concepção bem mais recente de causalidade, que procura superar o caráter meramente formal e por vezes equívoco do método da eliminação hipotética, causa seria precisamente uma compo-

⁴⁶ PITOMBO, ob. cit., p. 106-107; BOTTINI; BADARÓ, p. 109 ss.

⁴⁷ ROCHA. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 80-88.

⁴⁸ Como conclui PITOMBO, os bens procedem de um crime antecedente se, suprimindo-o mentalmente, desaparecerem também os referidos bens em sua concreta configuração ou em sua titularidade econômica (ob. cit., p. 111). No mesmo sentido BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 109 ss.; BARROS. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, São Paulo: RT, 2004, p. 101; e MAIA. *Lavagem de dinheiro*, São Paulo: Malheiros, p. 62-63. Outras referências na nota 52, acima.

nente necessária de uma condição verdadeira e suficiente do resultado, segundo leis empíricas gerais.⁴⁹ Esse conceito explicita a necessidade de se apurar todos os elos que separam um efeito de sua causa, bem como as leis empíricas que os relacionam, para reconhecê-la como tal. Deixa patente, portanto, que só se pode afirmar a causalidade entre uma conduta e um evento posterior quando se conhecem efetivamente as concretas razões que explicam a ocorrência do resultado. Do que decorre que, para se afirmar que determinados ativos são objeto de lavagem de dinheiro, é necessário conhecer razoavelmente a cadeia de atos, transações, transformações e substituições que o ligam ao crime antecedente, ou, em outras palavras, que explicam a sua existência, disposição ou titularidade como resultado da prática desse crime.

3.3.2. A proveniência como requisito de subsunção e matéria de prova

No caso em análise, a denúncia *não* se ocupou de apontar o elo entre os valores recebidos do exterior pela EMPRESA B, objeto de movimentações suspeitas, e os crimes de “sonegação fiscal” que atribuiu genericamente à dita organização criminoso formada pelos corrêus, tampouco o faz a sentença em relação à sonegação de contribuição previdenciária que aponta como delito antecedente. Falta a ambas, portanto, uma tese completa, a narração de fatos que se ajustem, que se subsumam, a todos os elementos típicos da lavagem de capitais.

A sentença chega a dizer, sintetizando a “sistemática” da lavagem de dinheiro, que os valores produto da prática de sonegação previdenciária “*retornavam* através de transferências oriundas de paraíso fiscal à conta da [EMPRESA B], que por sua vez repassava à [HOLDING A], e esta pulverizava os valores entre todas as empresas do Grupo [C]”. Mas se os valores foram sonegados no Brasil, a pergunta lógica subsequente é: como e quando foram parar na conta do FUNDO F (para que pudessem, então, ser transferidos para B, assim “retornando” ao Brasil)?

A indagação fica sem resposta tanto na narrativa da denúncia, como na da sentença e, como não poderia deixar de ser, também nela não se encontra referência a elementos fáticos que levaram o juízo a se convencer de que os valores remetidos à EMPRESA B pelo FUNDO F seriam

⁴⁹ Para uma exposição completa dessa teoria, conhecida por “teoria da condição INUS”, ROCHA. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 127 *et seq.*

provenientes de supressão ou redução de contribuições previdenciárias supostamente praticadas pelos gestores da EMPRESA C.

Nosso exame dos autos redundou na ausência de informações sobre esse fundo, sobre o empréstimo ou outras eventuais razões do recebimento desses valores e sobre as relações obrigacionais, comerciais ou financeiras que deram base à transferência de parte dos valores captados no exterior pela EMPRESA B para a HOLDING A, e dela para outras empresas ligadas ao sócio T. Tampouco se apurou a remessa ou manutenção no exterior de ativos provenientes de crime pelos acusados ou empresas investigadas.

3.3.3. Ausência de correspondência entre o suposto produto do crime antecedente e os valores indicados como objeto de lavagem

A tese da procedência criminosa dos bens remetidos pelo FUNDO F é infirmada pelos próprios dados amealhados na sentença, pois há relevante discrepância entre os valores supostamente advindos do delito antecedente e aqueles que formaram o objeto das transações suspeitas de lavagem de capitais. Enquanto no registro de procedimento fiscal no qual a sentença vê notícia de delito antecedente, informa-se o lançamento de um crédito tributário total de cerca um milhão de reais, em face da EMPRESA C, os valores remetidos ao Brasil pelo FUNDO F parceladamente, ao longo de um ano, somam, também segundo a sentença, quase 100 milhões de dólares.

Como se vê, o crédito tributário total correspondente ao suposto crime antecedente – não se trata apenas das contribuições suprimidas ou reduzidas; que seriam o proveito econômico propriamente dito – corresponde a menos de um por cento do valor que, segundo a sentença, seria o objeto da lavagem, de acordo com nossos cálculos.

A desproporção entre os valores numa ponta e noutra infirma, por si, a tese na qual se assenta a condenação.

Considerando que o dinheiro proveniente de crime não contamina todo o patrimônio no qual se imiscui (cf. *supra* B, II, 1, *supra*), não se pode considerar o montante total dos valores recebidos do FUNDO F como objeto de lavagem.⁵⁰ Seria preciso identificar a parcela do dinheiro sujo, indicando inclusive por qual das 11 remessas deste fundo para a EMPRESA B, ocorridas no intervalo de um ano, teriam retornado

⁵⁰ Cf. BOTTINI; BADARÓ, ob. cit., p. 114.

os valores supostamente economizados pela EMPRESA C por meio de supressão ou redução de contribuição previdenciária.⁵¹

A indicação da parcela “suja” num conjunto de transações tão volumosas é indispensável, pois só a partir dela seria possível delimitar, dentre todas as transferências de recursos da EMPRESA B para as outras empresas do GRUPO C, dentre todas as movimentações bancárias e saques suspeitos de corrêus mencionados na denúncia, quais teriam ou não por objeto dinheiro proveniente do delito antecedente. Sem a individualização da pequena parcela supostamente “suja” dos recursos recebidos do FUNDO F não se sabe quais teriam sido os atos de lavagem dos ativos supostamente provenientes de sonegação de contribuição indébita previdenciária. A conclusão necessária seria, portanto, negar a comprovação desta elementar típica, na forma determinada pelo inciso II do art. 386, CPP.

4. Resposta aos quesitos

Em sede de conclusões, passamos à resposta dos quesitos, sintetizando nelas o que já demonstrado no corpo do parecer:

1. O inciso V do artigo 1º da Lei 9.613/98 abarcava o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do CP?

Não. O crime descrito no artigo 337-A do Código Penal não é um crime contra a Administração Pública no sentido empregado ao termo pelo art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, em sua redação original e aplicável na época dos fatos, e, assim, o eventual proveito econômico de sua prática não poderia ser objeto das condutas típicas previstas no art. 1º do mesmo diploma legal.

2. A partir dos pressupostos fáticos reconhecidos pela sentença, ou dos elementos de informação aos quais ela se reporta, é possível afirmar que os valores remetidos pelo Fundo F para a Empresa B são provenientes de um crime antecedente de lavagem de capitais?

Cumprir responder negativamente também a esse quesito. A sentença e os elementos de informação aos quais se reporta não determinam a proveniência dos valores remetidos pelo FUNDO F para a EMPRESA B, deixando de indicar o vínculo entre essas remessas e a suposta prática

⁵¹ Conforme o laudo pericial, foram 3 remessas em 2007, totalizando US\$ 33.900.000,00, e 8 em 2008, totalizando US\$ 51.823.311,78.

do crime do art. 337-A, CP no âmbito da EMPRESA C. Para além de não ser esse um crime antecedente à lavagem de capitais, conforme resposta ao quesito anterior, a sentença e seus elementos de prova não contêm uma descrição da conduta que o concretizaria e nem indicam o momento consumativo de tal delito tributário, o que impede afirmar a sua anterioridade aos atos suspeitos de lavagem. Finalmente, a despeito da severa desproporção entre os valores supostamente “sonogados” no Brasil pela EMPRESA C e aqueles remetidos ao país pelo FUNDO E, não se identifica qual parcela dos valores recebidos do FUNDO F pela EMPRESA B estariam maculados, o que inviabiliza a necessária determinação de quais das transações posteriores a esses recebimentos (ou seja, os atos de “ocultação” ou “dissimulação”) teriam tido por objeto valores supostamente provenientes de crime.

É nosso parecer, salvo melhor juízo e nos limites das informações e documentos que nos foram fornecidos pelo consulente.

Referências

ALLDRIDGE, Peter; MUMFORD, Ann. *Tax evasion and the proceeds of crime act 2002*. Legal Studies, v. 25, N. 3, P. 353-373, 2005.

ALTENHEIN, Karsten. § 261 Geldwäsche. In: *Nomos Kommentar StGB*, 2017.

ALTENHEIN, Karsten. *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BADARÓ, Gustavo. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2021. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marcos Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: RT, 2004.

BARTON, Stephan. Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her? *NStZ*, v. 4, n. 1, p. 159-165, 1993.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Extinção da punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas. In: ESTELLITA, Heloisa; PAULA JÚNIOR, Aldo de; SALUSSE, Eduardo (orgs.). *Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 237–258.

BOURQUIN, Gabriel. *Steuergeldwäscherei in Bezug auf direkte Steuern*. Zürich: Carl Grossmann, 2017.

BÜLTE, Jens. *Zu den Gefahren der Geldwäschekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung*. NZWiSt, p. 1–20, 2017.

CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: ARA, 2010.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. *Crimes contra a seguridade social*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELNON, Vera; HUBACHER, Marc. *Geldwäscherei und Teilkontamination*. ZStrR – Schweizerische zeitschrift für strafrecht, v. 3, p. 326–350, 2016.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero*. Revista General de Derecho Penal, v. 12, n. 87, p. 99–119, 2016.

EISELE, Andreas. *Apropriação indébita e ilícito penal tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na CF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP – aspectos gerais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, p. 309–350, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HERZOG, Felix. *Geldwäsche*. In: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.

HERZOG, Nestler. § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: HERZOG, Nestler (Org.). *Geldwäschegesetz*. [s.l.]: Beck-Online, 2014.

MACIEL FILHO, Euro Bento. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes contra a previdência social*. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEUHEUSER. § 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: *Münchener Kommentar zum StGB*. 2. ed. [s.l.: s.n.], 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.

QUANDT, Gustavo. *A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROCHA, Ramon. *A relação de causalidade no direito penal*. 8.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band I*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Tutela penal da seguridade social*. São Paulo: Dialética, 2001.

SARAIVA, Wellington Cabral. Omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: objeto material e tipo. In: PEITOXO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; CARLOS SOARES SANT'ANNA (Orgs.). *Direito penal tributário*. São Paulo: MP, 2005.

SIMON, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht: Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

STREE; HECKER. §261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. In: SCHÖNCKE; SCHRODER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29. ed. [s.l.]: Beck-Online, 2014.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.

TUMBIOLO TOSI, Mariana. *Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro*. Universidade de São Paulo, 2016.

TURBIANI, Gustavo de Castro. O crime fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partir das alterações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 119, p. 359–386, 2016.

VOß, Marko. *Die Tatobjekte der Geldwäsche*. München: Carl Heymanns, 2007.