

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

João Carlos Krakauer Maia

**CONCURSO DE CRIMES, DE NORMAS E A AUTOLAVAGEM NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

João Carlos Gonçalves Krakauer Maia

**CONCURSO DE CRIMES, DE NORMAS E A AUTOLAVAGEM NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Direito Penal Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta.

Belo Horizonte

2019

M217c Maia, João Carlos Gonçalves Krakauer
 Concurso de crimes, de normas e a autolavagem no direito penal
 brasileiro / João Carlos Gonçalves Krakauer Maia. – 2019.

 Orientador: Frederico Gomes de Almeida Horta.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
 Faculdade de Direito.

 1. Direito penal – Brasil – Teses 2. Concurso de crimes – Teses
 3. Lavagem de dinheiro – Teses I.Título

CDU 343.238(81)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. JOAO CARLOS GONCALVES KRAKAUER MAIA

Aos dezessete dias do mês de dezembro de 2019, às 09h30m, no Auditório Orlando Magalhães de Carvalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães (FGV) e Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. JOAO CARLOS GONCALVES KRAKAUER MAIA**, matrícula nº **2018653282**, intitulada: **"CONCURSO DE CRIMES, DE NORMAS E A AUTOLAVAGEM NO DIREITO PENAL BRASILEIRO"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha e Frederico Gomes de Almeida Horta. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: *A - nota 100 (cem), aprovado*

Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães (FGV)

Conceito: *A - nota 100 (cem), aprovado*

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Conceito: *A - nota 100 (cem), aprovado*

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou o candidato aprovado, com nota 100. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães (FGV)

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

- CIENTE: Joao Carlos Goncalves Krakauer Maia (Mestrando)

AGRADECIMENTOS

O presente espaço costuma ser destinado a agradecer aqueles que nos são caros, e aos que contribuíram de algum modo com o trabalho ora apresentado. Digo, no entanto, que os agradecimentos que vão adiante melhor se revelam como aquilo que melhor os representam: verdadeiros pedidos de desculpas, pelas faltas e ausências – tão sentidas a mim – impostas por este sonho. Assim, que os agradecimentos sejam recebidos também como escusas, e que neles se reconheça o contributo de cada um para essa realização.

Agradeço à Lara, minha esposa, não só por ter aceitado dividir nossos já escassos momentos com este projeto, mas também pela sua ativa participação nele. Para sossegar as inquietudes e angústias, não há melhor respiro que a sua conversação, nem mais doce acolhida que a de seus olhos.

Agradeço ao meu pai e minha mãe, por todo o esforço e abnegação com que me criaram. A ele, por sua dignidade e incansável luta pelos filhos; a ela, por ser fortaleza e por me ensinar a compreender e a aceitar alma humana como ela é. Agradeço ainda ao padrinho Renato, pela honradez e devoção à toda a família, e à madrinha Tel pelo cuidado, ternura e humanidade para com todos.

Agradeço ao Vô Márcio, pelas lições de prudência e equilíbrio, e por representar o homem que um dia almejo alcançar ser. À Vó Helga, pela alegria que é estar ao seu lado e pela coragem com que conduziu a sua vida; e à amorosa Vó Ditinha, tão distante desse neto, mas tão perto de seu coração. Agradeço também aos meus irmãos Eduardo e Pedro, e aos primos Felipe e João Luiz por toda a amizade que representam em minha vida. Agradeço ainda aos tios Otto, Eudes e Flávia por todo o carinho e cumplicidade, e à Érika e ao Renan pelo violão ao longo das madrugadas e noites, respectivamente e com “a devida vênias”. Às tias Diva e Wilma, pelo fundamental incentivo ao estudo.

Agradeço ao Sânzio por me ensinar a difícil arte da advocacia criminal; ao Thiago pela paciência para discutir as minhas reflexões; e à Adriana, ao Gustavo, Marcelo, Samuel, Sérgio e Tunico por todo o apoio e incentivo dados: os dias são muito mais leves ao lado de vocês. Agradeço de forma especial o meu orientador, Prof. Frederico Horta, pela compreensão, inspiração acadêmica e por me propiciar um diálogo tão profundo e livre. Estendo os agradecimentos aos meus professores de Direito Penal, José Cirilo de Vargas, Luís Augusto Brodt, Fernando Galvão e Daniela Marques, que despertaram em mim a paixão pela matéria; e ao Prof. Adriano Teixeira e Felipe Prates pelos apontamentos realizados no trabalho.

O homem saiu da Tabacaria (metendo troco na algibeira das calças?).

Ah, conheço-o; é o Esteves sem metafísica.

(O Dono da Tabacaria chegou à porta.)

Como por um instinto divino o Esteves voltou-se e viu-me.

Acenou-me adeus, gritei-lhe Adeus ó Esteves!, e o universo

Reconstruiu-se-me sem ideal nem esperança, e o Dono da Tabacaria sorriu.

(Álvaro de Campos. Tabacaria)

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática do concurso de crimes e de normas no Direito Penal brasileiro, notadamente no que diz respeito à forma com que tais concursos se manifestam na lavagem de dinheiro. A aceitação da autolavagem, isto é, admitir que o autor de um delito produtor também pode ser punido pela lavagem, acaba por reclamar – sob pena de ofensa à vedação ao *bis in idem* – a análise de uma série de elementos e institutos penais. Com esse intuito, impõe-se, de início, uma apreciação quanto aos princípios que regem o concurso de crimes e de normas: os princípios da íntegra valoração do fato e da proibição ao *bis in idem*. Exige-se, ainda, o enfrentamento da questão envolvendo a unidade ou pluralidade de condutas, assim como as modalidades de concurso de crimes e de normas admitidas no Direito Penal brasileiro. Outrossim, será importante analisar os principais caracteres da lavagem de dinheiro, com especial atenção ao bem jurídico tutelado por essa figura delitiva e, também, apreciar quando é que diversos atos típicos de lavagem representarão uma identidade ou diversidade de delitos. Feito isso, abrir-se-á caminho para aferir as condições que autorizam o reconhecimento da autolavagem, podendo-se passar, então, ao estudo de alguns casos do concurso entre a lavagem e o delito produtor.

Palavras-chave: concurso de crimes; concurso aparente de normas; unidade e pluralidade de condutas; lavagem de dinheiro; autolavagem.

ABSTRACT

This study focuses on the subjects of formal and material joinder of offenses in Brazilian Criminal Law, with special attention to how they manifest in money laundering. Accepting self-laundering, that is, admitting that the perpetrator of a predicate offense may additionally be punished for money laundering requires analyzing a series of criminal elements and institutions, lest the prohibition of bis in idem be violated. In order to do so, it is necessary, at first, to examine the principles governing joinder of offenses: the principle of full appraisal of the conduct and of prohibition of bis in idem. It is also necessary to debate unity or plurality of conducts, as well as other kinds of formal and material joinder of offenses admitted in Brazilian Criminal Law. Moreover, it demands analyzing the main characters of money laundering, with special attention to the legal interest protected by this criminal institution, as well as discussing when multiple conducts defined as money-laundering crimes represent a single delict or multiple ones. With that established, it will be possible to assess the conditions that characterize self-laundering and, then, study some cases of joinder of laundering and the predicate offense.

Keywords: material joinder of offenses; formal joinder of offenses; unity and plurality of conducts; money laundering; self-laundering.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 2 – DO CONCURSO DE CRIMES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	17
2.1. Considerações gerais sobre o concurso de normas penais.....	16
2.2. Princípios norteadores do concurso de normas penais: princípio do <i>non bis in idem</i> material e princípio da íntegra valoração.....	20
2.3. Uma breve distinção: ato, ação e fato.....	24
2.4. Do concurso de crimes no Direito Penal brasileiro.....	26
2.5. Da Unidade de Ação.....	29
2.5.1. Da ação em sentido natural: o ato.....	29
2.5.2. Da unidade natural de ação.....	31
2.5.3. Da unidade típica de ação.....	32
2.5.3.1. Da unidade típica de ação em sentido estrito.....	39
2.5.3.2. Da unidade típica de ação em sentido amplo.....	41
2.5.3.3. Da identidade dos atos executivos.....	48
2.5.3.4. Da unidade de ação nos delitos omissivos e imprudentes.....	53
2.5.4. Posição adotada.....	55
2.6. Do concurso formal de crimes e o conceito de desígnios autônomos.....	56
2.7. Do concurso material de crimes.....	66
2.8. Do crime continuado.....	67
2.9. Do Concurso Aparente de Normas.....	71
2.9.1. Da Especialidade.....	75
2.9.2. Da Subsidiariedade.....	75
2.9.3. Da Consunção e os atos posteriores coapenados.....	76
CAPÍTULO 3. O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	81
3.1. Breves considerações sobre a evolução do delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro.....	82
3.2. Da objetividade jurídica.....	82
3.2.1. O bem jurídico ofendido no delito produtor.....	82

3.2.2. A administração da Justiça.....	83
3.2.3. A ordem econômica.....	85
3.2.4. O nosso posicionamento: a lavagem de dinheiro como um delito contra a administração da Justiça.....	88
3.2.5. Consequência da posição adotada: necessidade de que o produto criminoso apresente um valor mínimo para que possa figurar como objeto material da lavagem.....	93
3.3. Breves aspectos típicos do delito de lavagem de dinheiro.....	97
3.3.1. Das condutas descritas no art. 1º, caput, da Lei n. 9.613/98.....	97
3.3.2. Das condutas descritas no art. 1º, §1º e §2º, da Lei n. 9.613/98.....	106
3.4. Unidade e pluralidade na lavagem de capitais: entre a identidade e a diversidade de delitos.....	109
3.4.1. Do fundamento e limite do injusto da lavagem.....	111
3.4.2. A unidade de contexto no delito de lavagem	117
3.4.3. Síntese conclusiva.....	119

CAPÍTULO 4 – O CONCURSO DE CRIMES ENTRE A LAVAGEM DE DINHEIRO E O DELITO PRODUTOR..... 120

4.1. Aceitação da punibilidade da “autolavagem” como pressuposto para a admissão de um concurso de crimes entre a lavagem e o delito produtor.....	120
4.1.1. Uma necessária consunção entre a lavagem e o delito produtor?.....	120
4.1.2. Do conteúdo de injusto da lavagem.....	125
4.2. Jurisprudência brasileira a respeito da autolavagem.....	129
4.3. Jurisprudência estrangeira a respeito da autolavagem.....	135
4.3.1. Jurisprudência estadunidense.....	135
4.3.2. Jurisprudência portuguesa.....	139
4.3.3. Jurisprudência espanhola.....	142
4.4. Da distinção entre a utilização ou a “blindagem” do produto criminoso e os atos típicos de lavagem.....	146
4.5. A questão cronológica envolvendo a lavagem e o delito produtor: possibilidade de concurso formal?.....	149
4.5.1. Da possível violação ao non bis in idem na admissão do concurso formal entre a lavagem e o delito produtor: uma necessária incidência da consunção?.....	151

4.5.2. A lavagem e sua possível exigência típica de anterioridade do delito produtor.....	154
4.5.3. O elemento subjetivo por trás do concurso formal e a sua natureza: próprio ou impróprio?.....	159
4.6. Dos atos de ocultação ou dissimulação contidos no tipo do delito produtor.....	162
4.7. À guisa de conclusão: alguns critérios para a admissão da autolavagem.....	167
4.8. Casos práticos envolvendo o concurso material ou formal entre a lavagem e o delito produtor.....	169
4.8.1. Problemas especiais do concurso entre a lavagem e crimes contra a administração pública.....	169
4.8.1.1. Breve panorama da discussão no âmbito jurisprudencial.....	170
4.8.1.2. Consumação e exaurimento nos tipos penais mistos alternativos: o caso da corrupção passiva e do tráfico de influência.....	172
4.8.1.3. O recebimento ou obtenção da vantagem indevida: uma conduta autônoma em relação à corrupção passiva e ao tráfico de influência?...	173
4.8.1.4. Identidade entre o ato típico de lavagem e o recebimento indireto da vantagem indevida: incidência da consunção?.....	178
4.8.1.5. Da lavagem por meio de doações eleitorais oficiais.....	182
4.8.1.6. Lavagem através do dito “Caixa 3”.....	187
4.8.1.7. O elemento subjetivo no concurso formal entre a lavagem e os crimes contra a administração pública.....	188
4.8.1.8. Síntese conclusiva.....	190
4.8.2. Atos de ocultação ou dissimulação praticados antes do surgimento do produto criminoso, mas com a expectativa de sua obtenção.....	191
4.8.3. Do concurso entre a lavagem e os crimes tributários.....	196
4.8.3.1. Os crimes tributários geram algum produto criminoso?.....	197
4.8.3.2. Uma necessária consunção entre a lavagem e os crimes tributários?.....	200
4.8.3.3. O momento da contaminação dos valores e a Súmula Vinculante n.24.....	204
4.8.3.4. A possibilidade de descontaminação dos valores sonegados.....	210
4.8.3.5. Síntese conclusiva.....	212

CAPÍTULO 5 – RESOLUÇÃO DOS CASOS APRESENTADOS.....	213
CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES.....	214
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	217

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO

Discutir a temática da lavagem de capitais, e especialmente a sua relação com o delito produtor, implica lançar-se em águas tormentosas, seja pela complexidade e variedade de teorias que cercam o tema, seja pela indefinição jurídica quanto à possibilidade de caracterização da lavagem em diversas e relevantíssimas situações. E, dentre os variados questionamentos relativos à lavagem de dinheiro, o objeto precípua do presente trabalho será o do concurso de crimes e de normas envolvendo a lavagem e o delito produtor. Em uma palavra: é admissível o concurso de crimes entre a lavagem e infração penal dita antecedente? Se sim, em quais condições?

A admissão do referido concurso passa pela aceitação da punibilidade da “autolavagem”, que representa a possibilidade de se punir o autor ou partícipe do delito produtor também pela lavagem de dinheiro (VERDE, 2016, p. 58). Nas legislações estrangeiras, encontram-se desde aquelas que admitem expressamente a punibilidade da autolavagem (legislação espanhola e portuguesa), aquelas que excluem taxativamente a sua relevância penal (legislação alemã até 2015, a italiana até 2014 e a argentina até 2011), e, por fim, também aquelas que são silentes quanto ao assunto (legislação brasileira, espanhola até 2010 e a de Portugal até 2004) (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 12-13; CORDERO, 2015, p. 631-632).

No entanto, uma eventual admissão da autolavagem não permite, por si só, que se aceite a sua necessária e irrefletida ocorrência, porque a vedação ao *bis in idem* – materializada nos princípios solucionadores de um conflito aparente de normas – pode impedir o concurso efetivo entre o delito produtor e a lavagem. Para além disso, os limites e contornos da relevância penal da autolavagem – mesmo para quem a admite – são demasiadamente imprecisos, e há ainda enorme controvérsia a respeito da possibilidade de caracterização da lavagem, em concurso com o delito produtor, em diversos e relevantíssimos casos.

Assim, e de modo a melhor ilustrar os temas aqui propostos, apresentamos os seguintes casos, em relação aos quais manifestaremos o nosso entendimento ao final do texto:

Caso 1: Após receber a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) através de uma corrupção passiva (art. 317, do Código Penal - CP), um funcionário público realiza 03 (três) sucessivos depósitos de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) na conta bancária de uma empresa fantasma registrada em nome de um terceiro, com um intervalo de 40 (quarenta) dias entre cada depósito, buscando assim ocultar a sua proveniência ilícita. Houve a prática de quantos crimes de lavagem de dinheiro?

Caso 2: Após ter *solicitado* a um empresário o pagamento de uma certa vantagem indevida, o parlamentar federal responsável pela solicitação de tal vantagem a *recebe* através de uma doação eleitoral para o Diretório de seu Partido Político (art. 317, do CP). Tem-se aqui a caracterização de uma lavagem de dinheiro?

Caso 3: Ciente de que em breve praticaria um delito de gestão fraudulenta e de que obteria, a partir daí, uma determinada quantia ilícita, um banqueiro, com a intenção de ocultar a propriedade do produto criminoso que iria adquirir, remeteu valores lícitos do caixa da instituição financeira para uma *offshore* em nome de terceiro, com a posterior recomposição do caixa da instituição quando da consumação do crime financeiro. Esse banqueiro praticou o crime de lavagem de dinheiro?

Caso 4: Buscando reduzir um determinado tributo, um empresário presta declarações falsas às autoridades fazendárias e, antes da conclusão do procedimento tributário administrativo, transfere uma quantia correspondente àquela sonogada para a conta bancária de uma empresa fantasma em nome de terceiro, fazendo-o com a intenção de ocultar a proveniência dos recursos retirados de sua empresa. Reconhecida a ocorrência do delito tributário inscrito no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, esse empresário responderá também pela lavagem de dinheiro?

O “Caso 1” busca elucidar a caracterização da unidade ou pluralidade de delitos de lavagem quando se está diante de reiterados atos típicos de ocultação ou dissimulação. O “Caso 2” se volta para a análise de um possível concurso – material ou formal – entre a corrupção passiva e a lavagem, notadamente nos casos em que esse último delito se aperfeiçoaria através do próprio ato de *recebimento* a que faz menção o tipo inscrito no art. 317, do CP. O “Caso 3”, por sua vez, se debruça sobre a possibilidade de caracterização da lavagem quando, antes da ocorrência do delito produtor, mas já com a expectativa de em breve praticá-lo, são realizados atos típicos de ocultação ou dissimulação. Por fim, o “Caso 4” se propõe a discutir a possibilidade de concurso entre os crimes tributários materiais e a lavagem quando os atos típicos de ocultação ou dissimulação são empreendidos em momento anterior ao da conclusão do procedimento tributário administrativo.

Assim, e almejando apresentar respostas para essas e outras indagações, a presente dissertação se debruçará, em primeiro lugar, sobre a análise do concurso de crimes e de normas no Direito Penal brasileiro, de modo a reunir os elementos que julgamos fundamentais à apreciação de um concurso (efetivo ou aparente) entre o delito produtor e a lavagem de dinheiro. Aqui, serão analisados os princípios norteadores do concurso de normas penais (princípio do *non bis in idem* material e o princípio da íntegra valoração do fato), a unidade ou pluralidade

de delitos e de ações, as modalidades de concurso efetivo de crimes no Direito Penal brasileiro (concurso material, formal próprio e impróprio e, ainda, a continuidade delitiva), e, por fim, o concurso aparente de normas penais, com maior enfoque no princípio da consunção.

Em seguida, e buscando elucidar os principais atributos da lavagem de dinheiro, passaremos à análise dos caracteres fundamentais desse delito, com especial atenção para a sua objetividade jurídica. Depois, apreciaremos, ainda, a forma com que se manifesta o concurso de crimes e de normas no concurso (efetivo ou aparente) entre diversos crimes ou atos típicos de lavagem de dinheiro.

Por fim, cuidaremos propriamente do concurso de crimes entre a lavagem de dinheiro e o delito produtor. Aqui, iniciaremos por uma análise em relação à relevância penal da autolavagem, ao que passaremos pela análise relativa à forma com que a jurisprudência brasileira e estrangeira vem enfrentando o tema. Posteriormente, apreciaremos a questão cronológica envolvendo a lavagem e o delito produtor, bem como a possibilidade de caracterização de um concurso formal entre tais delitos. Seguidamente, analisaremos alguns casos práticos envolvendo o concurso entre a lavagem e o delito produtor, notadamente aqueles que assumem uma grande relevância jurisprudencial e doutrinária.

A abordagem dos assuntos acima explicitados levou à necessidade de enfrentar, por vezes, temas sensivelmente problemáticos, e verdadeiramente espinhosos, ainda mais para os limites do trabalho proposto. De todo modo, sob o aspecto metodológico a pesquisa jurídico-dogmática aqui realizada se orientou, primordialmente, pela análise do conteúdo dos atos normativos e dos textos teóricos pertinentes, sem olvidar, quando existentes e relevantes ao desenvolvimento ou esclarecimento do texto, eventuais julgados relacionados às matérias.

No que diz respeito propriamente à admissão da autolavagem, será feito um estudo de legislação comparada envolvendo as distintas discussões e soluções apresentadas nos ordenamentos jurídicos norte-americano, português e espanhol, de modo a comparar os problemas e resoluções ali vivenciados com aqueles apresentados no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente quanto aos fundamentos e critérios para a admissão da autolavagem.

Em relação à análise jurisprudencial, aliás, desde já vai dito que a pesquisa se concentrou nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), em uma escolha metodológica que se curva à maior relevância de tais decisões para o ordenamento jurídico nacional, bem como pela amplitude e profundidade argumentativa com que são tomadas, em regra, as referidas decisões. No entanto, em razão de sua elevada relevância e repercussão jurídica e social, também serão analisadas, quando interessantes ao

trabalho, as decisões – monocráticas ou colegiadas – tomadas no âmbito da denominada Operação Lava Jato.

De qualquer forma, o que se pretende com o presente trabalho é analisar – sem nenhum argumento de interesse ou conveniência – a possibilidade de se reconhecer um concurso de crimes entre o delito produtor e a lavagem, assim como os critérios por trás da eventual admissão desse concurso.

CAPÍTULO 2 – DO CONCURSO DE CRIMES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1. Considerações gerais sobre o concurso de normas penais

O Direito, segundo Hans Kelsen (2009, p. 5) “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Ainda segundo o autor (1986, p. 342), as normas gerais “têm caráter hipotético, quer dizer, elas ligam a uma condição genericamente determinada uma certa consequência universalmente determinada como devida”.

No âmbito do Direito Penal, a teoria do concurso de normas¹ tem por objeto os eventos em que o comportamento de um mesmo sujeito realiza o suporte fático de várias normas penais, ou de uma mesma norma por várias vezes, criando uma concorrência – aparente ou efetiva – entre as consequências normativas ali previstas (PRATES, 2015, p. 9). O concurso de normas em “sentido amplo”², portanto, responsável por abarcar tanto o concurso de crimes quanto o concurso aparente de normas, diz respeito ao fenômeno no qual são aplicáveis, ao menos teoricamente, uma pluralidade de preceitos legais sobre um determinado comportamento (AISA, 2004, p. 449).

Por isso mesmo, logo se percebe os dois pressupostos do concurso de normas penais em “sentido amplo” (PRATES, 2015, p. 26): o da concorrência de uma pluralidade de preceitos penais e o da unidade subjetiva (isto é, as normas concorrentes devem se referir ao comportamento de um mesmo indivíduo) (*ibidem*, p. 22)³. Estrella Aisa, no entanto, acrescenta ao concurso de normas penais em “sentido amplo” um terceiro requisito: o da inexistência de uma sentença condenatória entre os eventuais atos cometidos (2004, p. 57)⁴. Não concordamos, porém, com a assertiva de que a sentença condenatória constitui um limite ao reconhecimento de uma situação concursal (PRATES, 2015, p. 26). Caminhamos aqui, então, com Felipe Prates, para quem todas as situações concursais apresentam como “pressupostos comuns somente a pluralidade de enquadramentos normativos e a unidade de sujeito, sendo a inexistência de

¹ García Alberó (1995, p. 140) chega a apontar, inclusive, que o ordenamento jurídico-penal apresenta uma “confluencia de varios tipos en la configuración del contenido de injusto de un comportamiento”.

² Utilizamos a expressão concurso de normas em “sentido amplo” para diferenciá-la do concurso aparente de normas, que é apenas uma das espécies do concurso em “sentido amplo”.

³ É interessante pontuar, aqui, a lição de Claus Roxin (2014, p. 942): “Mientras la teoría de la participación trata el caso en el que varias personas realizan un tipo, la teoría del concurso se ocupa de los casos inversos, en los que una persona realiza varios tipos”.

⁴ Para a autora, “el límite para la constitución de una situación concursal viene determinado aquí por la existencia de una sentencia condenatoria, ya que los hechos cometidos tras esa sentencia no podrán entrar en esa relación concursal” (*ibidem*, p. 57).

decisão transitada em julgado entre a prática dos crimes pressuposto incidente unicamente nas hipóteses de concurso de crimes em sentido estrito” (2015, p. 26).

É que, tendo em vista os denominados “atos posteriores” coapenados, não nos parece correta a exigência em comento. O “ato posterior” coapenado (*Mitbestrafte Nachtat*), segundo Frederico Horta (2007, p. 156), é aquele “que se segue à realização dos pressupostos da norma consuntiva, concretizando um tipo de delito conceitualmente heterogêneo em relação ao que prevalece”, mas que “representa o normal desenvolvimento ou exaurimento da ofensa que esta implica”⁵. A doutrina majoritária aponta, como exemplo clássico de “ato posterior” coapenado, a destruição ou inutilização de coisa alheia (art. 163 do CP) pelo agente que a tenha subtraído (art. 155 do CP) (MEZGER, 1957, p. 388; HORTA, 2007, p. 157; WELZEL, 1987, p. 322 *apud* HORTA, 2007, p. 157).

Ocorre que, se o autor de um crime de furto vier a ser condenado com sentença transitada em julgado por esse delito, ainda assim haverá de se reconhecer a existência de um “ato posterior” coapenado – e, portanto, a existência de um concurso aparente de normas⁶ – caso venha a ser descoberto que, posteriormente ao trânsito em julgado, ele destruiu a coisa alheia que havia furtado. E assim postas as coisas, resulta clara a possibilidade de um concurso de normas em “sentido amplo” mesmo entre atos mediados por uma sentença condenatória transitada em julgado, razão pela qual entendemos que, dentre os pressupostos para o concurso de normas em “sentido amplo”, há de se rejeitar o requisito da inexistência de uma sentença condenatória entre os eventuais atos cometidos⁷. O concurso de normas penais em “sentido amplo”, portanto, tem como pressupostos unicamente a unidade subjetiva e a concorrência de uma pluralidade de preceitos penais. No entanto, em relação ao concurso de crimes, estabeleceu-se no Brasil o trânsito em julgado da sentença condenatória como o marco até o qual se pode admitir a sua ocorrência, pois, a partir desse momento, a eventual prática de outro delito dará lugar não a um concurso material, mas sim à reincidência (art. 63, do CP) (PRADO, 2014, p. 601; PRATES, 2015, p. 26).

⁵ Horta (2007, p. 156). Em sentido semelhante, cf. Moutinho (2005, p. 1.040); e também García Albero (1995, p. 394), para quem: “*El “postfactum” copenado suele definirse como aquella realización típica y punible que subsigue a un delito previo – lex consumens – y que supone, bien la utilización o aprovechamiento del resultado ilícito del hecho precedente, bien su sostén o aseguramiento*”.

⁶ Como bem pontuado por Frederico Horta (2007, p. 35), “vem ganhando espaço majoritário na doutrina contemporânea a consideração dos fatos anteriores e posteriores impunes como resultantes do concurso aparente de normas.”

⁷ Nos termos com que melhor exposto adiante, considera-se, no presente trabalho, que a ausência de trânsito em julgado constitui uma exigência tão somente do concurso de crimes.

O concurso de normas penais em “sentido amplo”, que abarca tanto concurso de delitos quanto o concurso aparente de normas⁸, é regido fundamentalmente por dois princípios: o do *non bis in idem* material e o da íntegra valoração do fato⁹. Por esta razão, vislumbra-se uma teoria incidente sobre todas as hipóteses de concorrência caracterizadoras do concurso de normas penais, tornando não só possível, mas recomendável uma análise conjunta do concurso de crimes e do concurso aparente de normas penais (AISA, 2004, p. 102; PRATES, 2015, p. 27).

E, quando se busca investigar o concurso entre a lavagem de capitais e a infração penal antecedente, ou mesmo a unidade e pluralidade, identidade e diversidade de delitos de lavagem, está-se a analisar, acima de tudo, duas figuras pertencentes ao concurso de normas penais em “sentido amplo”: a do concurso de crimes e a do concurso aparente de normas penais.

Em termos sintéticos, diz-se concurso de crimes, ou concurso autêntico de normas penais incriminadoras, à “pluralidade de infrações penais cometidas pelo mesmo agente, antes de qualquer delas ter sido objecto duma sentença transitada em julgado” (CORREIA, 1996, p. 11)¹⁰. E, a depender da unidade ou pluralidade de ações, o concurso de crimes poderá ser, respectivamente, formal ou material (ROXIN, 2014, p. 941). O concurso formal ou “ideal” será heterogêneo quando uma mesma ação infringir distintas normas incriminadoras, e homogêneo quando uma ação única violar, por várias vezes, a mesma norma penal (ROXIN, 2014, p. 941; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 775; GALVÃO, 2013, p. 836; HORTA, 2007, p. 4). Por sua vez, dá-se o concurso material ou “real” quando distintas ações, praticadas por um mesmo autor, lesionam uma ou mais normas incriminadoras (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 775; ROXIN, 2014, p. 941; HORTA, 2007, p. 4). Por fim, caracteriza-se o crime continuado quando o agente, através de condutas distintas, realiza uma pluralidade de infrações penais que, em razão de determinadas características, devem ser havidas como continuação do primeiro delito (art. 71, do CP).

Tem-se, ainda, como delimitador negativo do concurso de crimes¹¹, ou exceção a este (HORTA, 2007, p. 3), o concurso aparente de normas penais incriminadoras, que ocorre, nas

⁸ Identificando as categorias do concurso de crimes e do concurso aparente de normas como abarcadas por uma teoria do concurso de normas penais, cf. Prates (2015, p. 10), Riezu (1992, p. 20-21) e Aisa, (2004, p. 57).

⁹ Para García Alberó (1995, p. 261), “*los denominados casos fronterizos entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos plantean por ello un problema de conflicto entre los principios regulativos de ambas figuras; y esto no es otro que el conflicto entre la prohibición de doble valoración como contenido sustancial del principio non bis in idem y el principio de íntegra valoración del hecho.*”. Em sentido semelhante: Aisa (2004, p. 65).

¹⁰ Em sentido mais restrito, Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 399) sustentam que “dizer que um ou mais crimes concorrem com outros significa afirmar que todos devem ser analisados em um mesmo contexto jurídico”.

¹¹ Nesse sentido, cf. José Lobo Moutinho (2005, p. 672), que atribui ao “concurso aparente de normas a função de delimitar negativamente o concurso de crimes.”

palavras de Roxin (2014, p. 997), quando “*formalmente se han realizado varios tipos, empero mediante el castigo por uno de esos tipos ya se há retribuído y saldado completamente el contenido de injusto o ilícito y de culpabilidad del suceso*”¹².

Segue-se, do caráter delimitador acima evidenciado, que a apreciação das figuras do concurso de crimes e do concurso aparente de normas penais envolve uma demarcação recíproca (MOUTINHO, 2005, p. 11; AISA, 2004, p. 102-103), e que, como tais figuras “disputam entre si o mesmo campo, é natural que a sua extensão ou campo de aplicação (e, correlativamente, a sua compreensão e função) dependam da subsistência e extensão das demais” (MOUTINHO, 2005, p. 11)¹³.

E assim postas as coisas, logo se vê que, à investigação do concurso entre a lavagem de capitais e a infração penal antecedente, torna-se necessário o estudo prévio do concurso de crimes e, conjuntamente e ainda que de modo sucinto, também do concurso aparente de normas penais, a começar pelos princípios de regência do concurso de normas em “sentido amplo”: o princípio da íntegra valoração e o do *non bis in idem* material. A eles, então.

2.2. Princípios norteadores do concurso de normas penais: princípio do *non bis in idem* material e princípio da íntegra valoração

Como já exposto acima, o concurso de crimes e o concurso aparente de normas penais fundamentam-se em dois princípios: o da íntegra valoração e o do *non bis in idem*¹⁴ material.

A proibição do *bis in idem* diz respeito, conforme acentuado por Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 181), a uma “norma que aparece tanto em sistemas de *civil law* quanto de *common law*, assim como no direito internacional público e no direito comunitário”. Em termos sucintos, o princípio em comento pode ser enunciado da seguinte forma: “*nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho*” (ALBERO, 1995, p. 23). Com isso, tem-se na proibição do *bis in idem* tanto uma imposição de natureza processual quanto uma de natureza penal (ALBERO, 1995, p. 23). É como assinala García Albero (*ibidem*, p. 24):

En una primera concreción, suele señalarse que el non bis in idem tiene una vertiente sustantiva y otra procesal. Desde el punto de vista material, el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. Desde la

¹² No mesmo sentido, Estrella Aisa (2004, p. 216): “*la doctrina coincide en afirmar la existencia de un concurso de leyes cuando, entre las leyes que concurren al enjuiciamiento de un suceso, una de ellas capta exhaustivamente el contenido de ilicitud del comportamiento*”.

¹³ Claus Roxin (2014, p. 998) adverte, no entanto, que “*una delimitación conceptualmente precisa del concurso de leyes respecto del concurso ideal y real es algo que hasta ahora no se há logrado*.”

¹⁴ A respeito das variadas denominações utilizadas (*non bis in idem* ou *ne bis in idem*), cf. Albero (1995, p. 23) e Quiroga (2004, p. 17).

perspectiva procesal, el “non bis in idem” determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre.

É de se esclarecer, no entanto, que, quando se fala em proibição de múltipla valoração de um mesmo fato, está-se a referir, em verdade, à proibição de se valorar novamente um elemento ou dado fático já considerado (AISA, 2004, p. 249). Daí a precisa lição de Frederico Horta (2007, p. 84): “o que fica vedado, segundo tal princípio, é a múltipla consideração de um mesmo aspecto jurídico do fato, isto é, a múltipla consideração de um mesmo conteúdo de injusto”.

Historicamente, embora exista divergência quanto ao surgimento do brocardo (COSTA, 2013, p. 181), identifica-se no Direito Romano a origem do princípio do *non bis in idem* (PRATES, 2015, p. 11; QUIROGA, 2004, p. 14-15)¹⁵. Contudo, as poucas formulações ali elaboradas, para além de obscuras, estavam relacionadas ao seu aspecto processual, não apresentando significativa relevância no âmbito do Direito Penal (QUIROGA, 2004, p. 15). A partir dos séculos XV e XVI, a vertente material do princípio do *non bis in idem* passou a ganhar, ainda que de maneira incipiente, alguma relevância (PRATES, 2015, p. 13). Mas a concepção moderna do *non bis in idem*, enquanto princípio orientador do concurso aparente de normas, só foi apresentada no século XIX pela doutrina alemã (ALBERO, 1995, p. 39; PRATES, 2015, p. 13).

No Brasil, o princípio do *non bis in idem* não encontra uma fundamentação legal expressa (COSTA, 2013, p. 182). Sem embargo disso, há entre nós diversos institutos e dispositivos legais que, bem mais do que inspirados na proibição do *bis in idem*, constituem efetivas concretizações do princípio em comento (*ibidem*, p. 182), tais como o art. 8º¹⁶ e art. 61¹⁷, ambos do Código Penal. De todo modo, em que pese a ausência de uma fundamentação legal expressa, o princípio do *non bis in idem*, enquanto princípio geral do direito sancionador, encontra um inequívoco abrigo constitucional (HORTA, 2007, p. 22).

Há quem o vincule ao princípio da legalidade (ALBERO, 1995, p. 73; HORTA, 2007, p. 22; PRATES, 2015, p. 15) – art. 5º, XXXIX, da Constituição brasileira. É que, como bem apontado por García Albero, “*el principio de legalidad no se proyecta sólo en la determinación de las conductas prohibidas, sino también en las consecuencias jurídicas que de su realización*

¹⁵ Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 181) aponta, ainda, que o princípio “pode ter se originado na disputa entre Henrique II e o arcebispo Thomas Becket, envolvendo a questão de se os condenados pelas cortes eclesiásticas estavam ou não isentos de futuras punições nas cortes reais, ao que se entendeu negativamente em 1176”.

¹⁶ “Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”

¹⁷ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:”

se derivan” (1995, p. 82). Por isso, se o tipo penal estabelece um limite ao *jus puniendi*, não se poderia impor, sobre o mesmo fato típico, uma punição mais gravosa do que aquela prevista no tipo através da incidência de uma nova figura típica¹⁸.

Por outro lado, também se fundamenta a proibição do *bis in idem* no princípio da proporcionalidade, pois, conforme a lição de Cuerdo Riezu (1991, p. 846), “*lo que impiede que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el critério de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia*”¹⁹. Quanto ao ponto, é interessante observar que, para Frederico Horta (2007, p. 23), o fundamento da vedação ao *bis in idem* no princípio da proporcionalidade seria inclusive mais amplo que aquele conferido pela legalidade, na medida em que os dispositivos materializadores do princípio do *non bis in idem* são instituídos “justamente para garantir a racionalidade das penas ante os fins de reprovação e prevenção dos crimes por elas perseguidos (art. 59, *caput*, do CP), e não para evitar a transposição dos seus limites legais”.

Não obstante as divergências quanto ao fundamento legal da proibição do *bis in idem*, fato é que, nos casos concretos, por vezes esse princípio é de difícil materialização (AISA, 2004, p. 146; ALBERO, 1995, 31). Afinal, aponta García Albero (1995, p. 23), a expressão *non bis in idem*, “*deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho – idem –, cuanto la consecuencia que se pretende evitar – bis*”²⁰.

Na busca por uma resposta a essa questão, muito se trabalha, na doutrina espanhola, um importante precedente judicial do Tribunal Constitucional Espanhol (ESPANHA, 1981), no qual foram firmados três critérios para o reconhecimento da incidência do *bis in idem*: o da identidade de sujeito, de fato e fundamento (COSTA, 2013, p. 196; PRATES, 2015, p. 16). Mas, à exceção do requisito relativo à identidade de sujeito, há ainda uma enorme imprecisão quanto aos limites e contornos dos demais critérios, na medida em que eles próprios dependem, também, de recurso a outras valorações jurídicas (ALBERO, 1995, p. 63).

Segundo Estrella Aisa, o requisito da identidade de fato expressaria, em síntese, que não há *bis in idem* quando se impõe sanções a fatos distintos (2004, p. 147). Contudo, a própria decisão do Tribunal Constitucional Espanhol deixa claro que, “*para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica*” (ESPANHA, 1981),

¹⁸ Nesse sentido, cf. García Albero (1995, p. 82-83), para quem “*la sanción asignada a cada ilícito expresa el desvalor que el Ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, y se impone con pretensión de agotar tal desvalor. De ahí se infiere que la pretensión de volver a sancionar una ilicitude vulnera el principio de legalidad, pues supone, de modo indirecto, rebasar los límites de la sanción prefijados*”. No mesmo sentido, cf. Horta (2007, p. 22) e Prates (2015, p. 15).

¹⁹ No mesmo sentido, cf. Horta (2007, p. 23) e Prates (2015, p. 16).

²⁰ No mesmo sentido, cf. Prates (2015, p. 16).

revelando, então, que a identidade “de fato” não pode ser apreendida em seu sentido naturalístico (PRATES, 2015, p. 17), mas somente através de um proceder jurídico-valorativo. De todo modo, ainda que caracterizada uma identidade de fato, o reconhecimento da violação ao *bis in idem* dependeria, também, da existência de uma identidade “de fundamento” (isto é, de uma mesma “ilicitude”) ²¹, o que traduz a necessidade de evitar que um mesmo conteúdo de injusto seja valorado, novamente, para se constituir um outro injusto (AISA, 2004, p. 149)²².

Não acolhemos a terminologia utilizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol. De nossa parte, e de tudo quanto exposto, enxergamos o princípio do *non bis in idem* material como a vedação à múltipla consideração desvaliosa de um mesmo aspecto do conteúdo de injusto: seja para fundamentar um novo injusto, seja para agravar o desvalor do injusto já constituído²³.

Por sua vez, o princípio da íntegra valoração (*Ausschöpfungsgebot*) determina que todos os aspectos desvaliosos da conduta sejam considerados quando do juízo de reprovação penal (AISA, 2004, p. 65). Por isso mesmo, Felipe Machado Prates aponta que “o princípio da íntegra valoração, sob certo aspecto, possui sentido oposto ao princípio *non bis in idem* material, pois determina que nenhum conteúdo desvalioso deixe de ser considerado na reprovação penal” (2015, p. 21).

Quanto ao fundamento de tal princípio, García Albero sustenta que ele a retira da própria validade e eficácia das normas jurídicas, não requerendo uma fundamentação autônoma (1995, p. 82). Ingeborg Puppe, por outro lado, defende que o princípio da íntegra valoração decorre tanto do princípio da culpabilidade quanto de um princípio geral de direito segundo o qual ninguém pode obter vantagens de seu próprio injusto (PUPPE, 1995, p. 3 *apud* AISA, 2004, p. 114). Finalmente, Estrella Aisa (2004, p. 246) defende que o princípio em comento – assim como o da proibição do *bis in idem* – encontra seu fundamento no princípio da proporcionalidade, razão pela qual não haveria, entre o princípio da íntegra valoração e o do *non bis in idem*, uma relação de conflito, mas sim de complementariedade (*ibidem*, p. 116; PRATES, 2015, p. 22).

Por este motivo, analisando o princípio da proporcionalidade e sua relação com os princípios em comento, Estrella Aisa (2004, p. 246-247) assinala que:

²¹ Nesse sentido, cf. Albero (1995, p. 63), para quem “*el requisito de la identidad de fundamento vendría a confirmar la exigencia de una misma ilicitude, más allá de la mera relación de coincidencia fáctica que pudiera darse entre las infracciones previstas en los respectivos órdenes*”. Iguualmente, Prates (2015, p. 17).

²² A autora aponta, ainda, que a exigência de uma identidade de fundamento é tratada, também, como equivalente à identidade de “conteúdo de injusto” (*ibidem*, p. 149).

²³ Em linha similar, Frederico Horta (2007, p. 84) sustenta que: “o que fica vedado, segundo tal princípio, é a múltipla consideração de um mesmo aspecto jurídico do fato, isto é, a múltipla consideração de um mesmo conteúdo de injusto”.

Dentro de dicho principio cabría distinguir dos aspectos: uno negativo que identifica el principio de proporcionalidad con la prohibición de exceso, y uno positivo que se conectaría con la idea de medida justa. Del aspecto negativo del principio de proporcionalidad se derivaría la prohibición de establecer consecuencias que superen la medida de lo injusto y de la culpabilidad y, de su aspecto positivo, la necesidad de que dichas consecuencias sean adecuadas al contenido de injusto y de culpabilidad. Pues bien, esta doble vertiente es la que se corresponde con los principios manejados en el ámbito concursal: el principio non bis in idem y el principio de íntegra valoración del hecho²⁴.

No entanto, em que pese considerarmos que os princípios do *non bis in idem* e o da íntegra valoração encontram-se em relação de complementariedade, porquanto derivados de um mesmo princípio – o da proporcionalidade –, é de se reconhecer, com García Albero²⁵ e Frederico Horta (2007, p. 163) que, em determinados casos, haverá um verdadeiro conflito entre tais princípios. O conflito em questão ocorrerá, notadamente, naqueles casos em que concorrem uma circunstância privilegiadora e outra qualificadora, casos em que se deverá reconhecer a prevalência da privilegiadora (ALBERO, 1995, p. 379). Ou, em outras palavras, casos em que se deverá reconhecer a prevalência do princípio do *non bis in idem*.

Do exposto, pode-se dizer que os princípios do *non bis in idem* e o da íntegra valoração estão fundados, ambos, no princípio da proporcionalidade, e que a relação entre eles é absolutamente decisiva à compreensão e resolução dos casos de concurso de crimes e de concurso aparente de normas (AISA, 2004, p. 115). E assim, explicitados os fundamentos de cada um dos princípios em comento, podemos adentrar, agora, à análise de algumas das principais figuras envolvidas nas referidas situações concursais.

2.3. Uma breve distinção: ato, ação e fato

As noções de “ato”, “ação”²⁶ e “fato” apresentam grande importância na teoria concursal, seja no âmbito do concurso de crimes, como já explicitado acima, seja no âmbito do concurso aparente de normas (HORTA, 2007, p. 64; PRATES, 2015, p. 44).

Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, Slokar e Alagia (2002, p. 858) entende-se por “ato”, ou ação em sentido natural, uma “*unidad mínima de la acción humana*”, em sentido ontológico, gerada por uma única manifestação de vontade, o que nada mais é do que o movimento único.

²⁴ No mesmo sentido, cf. Prado (2011, p. 185-186).

²⁵ Segundo García Albero (1995, p. 261), “*el conflicto se producirá, por ello, cuando la apreciación conjunta de diversos preceptos comporte la plural imputación de una valoración básica, constitutiva per se de delito; cuando se reitere, por tanto un mismo contenido de injusto*”.

²⁶ Sobre a distinção em comento, vale lembrar a advertência de Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 393): “Para início de conversa, é bom não confundir *atos* com *ações*. Do ponto de vista jurídico-penal a ação não é a mesma coisa que a manifestação de atividades ou de passividades (omissões) psicossomáticas, ou, tampouco, de movimentos (e omissões) corporais voluntários e relevantes no mundo exterior”.

Por sua vez, a “ação” geralmente é tida, na feliz expressão de Felipe Prates, como “um ato ou uma pluralidade de atos que, sob determinada ótica, são passíveis de ser interpretados como unidade de sentido” (PRATES, 2015, p. 45)²⁷. Finalmente, muitos autores consideram que não há uma distinção conceitual entre a noção de “fato” e a de “ato”, tratando os dois conceitos como equivalentes (CONDE; ARÁN, 1998, p. 515; ALBERO, 1995, p. 262; MANZINI, 1949, p. 406; MORÁN, 2012, p. 40).

No presente trabalho, contudo, adota-se a posição seguida por Roberto Lyra (1942, p. 368 *apud* HORTA, 2007, p. 67), para quem “o fato constitui a soma da ação e do evento”²⁸, isto é, o “fato” seria formado pela ação e pelo resultado (HORTA, 2007, p. 67). Justamente a partir dessa distinção, Bettioli (1973, p. 582-584 *apud* HORTA, 2007, p. 65) conclui que, no concurso formal, embora exista uma única ação, há uma pluralidade de fatos (ou eventos) penalmente relevantes, pois, enquanto a “ação” diz respeito apenas ao processo executivo do comportamento lesivo (HORTA, 2007, p. 65)²⁹, o “fato” abriga em si, também, o próprio resultado de tal ofensa. O “fato”, portanto, é o próprio injusto penal (HORTA, 2007, p. 66)³⁰, razão pela qual Frederico Horta (*ibidem*, p. 84) conclui:

O princípio *non bis in idem*, como já antes ressaltado, não veda, como por vezes se entende, a múltipla consideração valorativa de um mesmo fato natural. (...). O que fica vedado, segundo tal princípio, é a múltipla consideração de um mesmo aspecto jurídico do fato, isto é, a múltipla consideração de um mesmo conteúdo de injusto. O problema não é valorar mais de uma vez uma única parcela da realidade, mas, sim, levar em conta mais de uma vez uma só valoração³¹.

Por isso, conclui-se que o princípio *non bis in idem* consiste na proibição de pluralidade de valorações negativas de um mesmo “fato”, e não propriamente na vedação à múltipla valoração de uma mesma “ação”, que, embora única, pode determinar uma pluralidade de “fatos” penalmente relevantes (HORTA, 2007, p. 68). É de se reconhecer, então, a necessidade de se distinguir “ato”, “ação” e “fato”.

²⁷ Em sentido semelhante, cf. Aisa (2004, p. 370) e Moutinho (2005, p. 496). Frederico Horta (2007, p. 68) entende a ação “como o conjunto de atos de vontade suportantes da realização de um ou mais tipos de delito”.

²⁸ No mesmo sentido é o posicionamento de Frederico Horta (2007, p. 67), e também o de Claus Roxin (2014, p. 944), que diz: “no se puede confundir la unidad de acción (es decir, la existencia de una y la misma acción) con “la unidad de hecho” (...). Ciertamente cada unidad de hecho presupone una unidad de acción (esto es, la realización del resultado a través de una acción). Pero a la unidad de acción se le han de añadir varias infracciones de la ley (de diferente o de la misma naturaleza)”.

²⁹ Igualmente, Maurach (1962, p. 416) acentua que “el concepto de acción se agota, por lo tanto, en la conducta orientada a una meta. Su resultado no pertenece a la acción”.

³⁰ Com esta configuração, o “fato” passa a apresentar um conteúdo muito similar àquele atribuído pelo Tribunal Constitucional Espanhol à “identidade de fundamento”, erigida por aquela Corte a um dos três requisitos para se aferir a violação ao princípio *non bis in idem*.

³¹ No mesmo sentido, cf. Albero (1995, p. 228).

2.4. Do concurso de crimes no Direito Penal brasileiro

O concurso de crimes se caracteriza, antes de mais nada, pela necessidade de efetiva incidência de diversas normas penais incriminadoras para se captar de maneira exaustiva o desvalor jurídico-penal de um determinado feixe comportamental (AISA, 2004, p. 69), praticado por um mesmo autor. É verdade, como bem advertido por Lobo Moutinho, que “a figura do concurso de crimes mostra-se erichada de dificuldades na sua delimitação” (2005, p. 1254). Apesar disso, adotamos a conceituação de Eduardo Correia (1996, p. 11), que define o concurso de crimes como a “pluralidade de infrações penais cometidas pelo mesmo agente, antes de qualquer delas ter sido objecto duma sentença transitada em julgado”.

Os requisitos da unidade subjetiva e da pluralidade de infrações penais cometidas são admitidos, amplamente, tanto pela doutrina brasileira (PRADO, 2014, p. 594; BITENCOURT, 2013, p. 786; PRATES, 2015, p. 26; SANTOS, 2010, p. 400) quanto pela estrangeira³². Por outro lado, a relevância de requisitos de natureza processual – como o do julgamento em um mesmo processo ou o do trânsito em julgado da sentença condenatória como limite do concurso de crimes – não é, de modo algum, pacificada nas legislações penais estrangeiras (MOUTINHO, 2005, p. 1241 e ss)³³. Na Espanha, por exemplo, considera-se haver o concurso de crimes unicamente naqueles casos em que os crimes sejam objeto de um mesmo processo judicial (PRATES, 2015, p. 26)³⁴. É dizer: segundo a opção do legislador espanhol, o reconhecimento do concurso de crimes dependeria, também, do reconhecimento de uma conexão processual entre os crimes concorrentes, hábil a justificar a reunião de tais delitos em um mesmo processo judicial.

No Brasil, contudo, houve uma clara delimitação entre o concurso de crimes e a reincidência (PRATES, 2015, p. 26; PRADO, 2014, p. 601), como se percebe do art. 63³⁵, do Código Penal. Por isso, é de se reconhecer, entre nós, o trânsito em julgado como limite do concurso de crimes (PRADO, 2014, p. 601; PRATES, 2015, p. 26)³⁶. Nos termos da legislação pátria, há concurso real ou material de delitos “quando o agente, mediante mais de uma ação

³² Nesse sentido, Claus Roxin (2014, p. 941), Lobo Moutinho (2005, p. 1.346) e Estrella Aisa (2004, p. 57).

³³ Entre nós, e ao menos no que toca especificamente ao concurso material, Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 392) sustentam que, “a rigor, somente se poderá falar em concurso material quando se estiver diante de condutas e de fatos distintos apurados em um mesmo e único processo”.

³⁴ Por todos, cf. Aisa, para quem: “*la situación concursal aparece cuando dentro de un mismo proceso el comportamiento de un sujeto es susceptible de ser calificado conforme a diversos preceptos penales.*” (2004, p. 57).

³⁵ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

³⁶ Em sentido ainda mais restritivo, Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 400) aponta como pressuposto do concurso de crimes o julgamento no mesmo processo.

ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não” (art. 69, do CP), dando ensejo a uma aplicação cumulativa das penas dos crimes que tiver praticado (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 392).

Por sua vez, dá-se o concurso formal próprio de delitos “quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”, nos termos com que disciplinado no art. 70 do CP, levando à exasperação (*ibidem*, p. 392), de um sexto até a metade, da mais grave das penas cabíveis. De outro lado, e nos termos do mesmo dispositivo, caracteriza-se o concurso formal impróprio quando o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes dolosos resultantes de desígnios autônomos, caso em que a pena dos delitos concorrentes será aplicada de maneira cumulativa.

Finalmente, e nos moldes com que disciplinado no art. 71 do CP, configura-se o crime continuado “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. Nesses casos, prossegue o dispositivo, “aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

Do exposto, percebe-se que, no Direito Penal brasileiro, o principal elemento diferenciador das hipóteses de concurso de delitos diz respeito à unidade ou pluralidade de ações (AISA, 2004, p. 85; ROXIN, 2014, p. 941; PRATES, 2015, p. 48; PRADO, 2014, p. 594; MONTEIRO, 2015, p. 27). Afinal, o reconhecimento do concurso real ou ideal depende da própria análise quanto à existência de uma unidade ou pluralidade de ações (ROXIN, 2014, p. 941; AISA, 2004, p. 85). A importância do conceito de unidade ou pluralidade de ações no concurso de delitos, portanto, é enorme, tamanha a ponto de interferir até mesmo na designação que se dá a algumas das formas de concurso, como bem apontado por Claus Roxin (2014, p. 941):

Las expresiones habituales en el lenguaje técnico “concurso ideal” y “concurso real” se basan en la idea de que en el concurso real efectivamente (=realmente) existen varios hechos, mientras que la pluralidad de infracciones de la ley en el concurso ideal sólo es de naturaleza ideal, es decir, se basan en una pluralidad de tipos realizados mientras que realmente sólo se ha cometido una acción.

Uma vez reconhecida a pluralidade de infrações penais, há por trás da discussão quanto a unidade ou pluralidade de ações uma questão de enorme relevância prática: a das diferentes consequências jurídicas que, em regra, são impostas a partir da caracterização da unidade ou pluralidade de ações (ROXIN, 2014, p. 941; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 763; AISA, 2004, p. 76; PRADO, 2014, p. 594).

É que, como já demonstrado anteriormente, no Brasil, o concurso material, que tem como um de seus pressupostos a pluralidade de ações, é regido pelo sistema do cúmulo material ou aritmético responsável por impor a soma das penas aplicadas para cada um dos delitos (PRADO, 2014, p. 600-601). Por outro lado, no concurso formal perfeito e no crime continuado, adota-se o sistema da exasperação, que prevê a aplicação da pena mais grave, aumentada nos termos com que disciplinado no Código Penal (*ibidem*, p. 600-601; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 392). Finalmente, no concurso formal imperfeito há, assim como no concurso material, a aplicação do sistema de cúmulo material ou aritmético (PRADO, 2014, p. 600-601).

A gravidade das consequências jurídicas atribuídas às distintas figuras do concurso de crimes, especialmente no que se refere ao concurso material e formal, tem despertado grande discussão – especialmente na doutrina estrangeira – quanto ao acerto de tal decisão político-criminal³⁷. Muito embora não caiba aprofundar este debate no presente trabalho, é importante assinalar que, para alguns autores, não haveria razão para se dispensar *a priori* uma maior gravidade ao concurso real do que ao ideal, pois, do ponto de vista do desvalor do resultado, estes seriam idênticos, podendo o concurso real e ideal diferenciarem-se, tão somente e no caso concreto, pelo desvalor da ação (GRECO; HORTA; LEITE, 2017, p. 52-53; AISA, 2004, p. 89). Em sentido semelhante, Vives Antón (1981, p. 42 *apud* AISA, 2004, p. 90) aponta que a distinção puramente naturalística entre o concurso real e formal não justificaria um tratamento penal mais gravoso. Por outro lado, há quem sustente, como Cuerda Riezu (1992, p. 51), “*que el concurso ideal por razón de su inferior contenido de injusto debe merecer en todo caso una sanción menor que el concurso real*”.

Por isso mesmo, a matéria relativa à idoneidade de se conferir um tratamento diferenciado ao concurso formal e material provoca profundas divergências doutrinárias e legislativas. Enquanto alguns países optam por seguir o modelo unitário, no qual sempre se atribui uma consequência jurídica única ao concurso de delitos, outros seguem o modelo dualista, que, em função da unidade ou pluralidade de condutas, atribui à concorrência delitiva consequências jurídicas distintas (PRADO, 2014, p. 595; AISA, 2004, p. 70). Entendemos que a necessidade de se analisar a unidade ou pluralidade de condutas é fundamental, portanto, tão somente nas legislações que seguem o modelo dualista, e não entre aquelas que adotam o modelo unitário. Para além da legislação pátria, seguem o modelo dualista a Alemanha, Espanha, Itália e Bélgica, ao passo que o modelo unitário é seguido por Portugal, França, Áustria e Suíça (AISA, 2004, p. 70).

³⁷ Nesse sentido, cf. Claus Roxin (2014, p. 942) e Estrella Aisa (2004, p. 90).

De todo modo, e deixando para trás a sobredita discussão, é de se concordar com Claus Roxin (2014, p. 942) quando o autor diz que “*el cometido central de la teoría de los concursos es determinar qué es una acción y qué son varias acciones*”³⁸. Analisemos, então, o tema da unidade e pluralidade de ações.

2.5. Da Unidade de Ação

2.5.1. Da ação em sentido natural: o ato

Já se disse acima que, entre as legislações que seguem o modelo dualista, “*el punto de partida de la teoría del concurso es la distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones*” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 763)³⁹. Deve-se advertir, no entanto, que embora o comportamento humano analisado seja um só, o conceito de ação utilizado na teoria do delito não se confunde com aquele a que faz referência a teoria do concurso de crimes (JAKOBS, 1997, p. 1074; ROXIN, 2014, p. 944; ALBERO, 1995, p. 264; AISA, 2004, p. 400-401). É que, enquanto o conceito sistemático de ação se limita a descrever os requisitos mínimos de uma conduta penalmente relevante, atribuindo à ação uma natureza pré-típica, o conceito de ação da teoria do concurso de crimes diz respeito tão somente aos comportamentos efetivamente típicos (ROXIN, 2014, p. 944)⁴⁰.

Foram várias as teorias que propuseram critérios para se identificar a unidade de ação⁴¹. A maioria delas, porém, parte da premissa de que seria possível identificar, sob uma perspectiva naturalística, uma unidade mínima de conduta (MEZGER, 1957, p. 362; CORREIA, 1996, p. 30; AISA, 2004, p. 395-396; PRATES, 2015, p. 48). Comumente, essa unidade mínima de conduta (ou “átomo de conduta”) (ALBERO, 1995, p. 266) é identificada na doutrina por meio do termo “ato” (ROXIN, 2014, p. 945; MEZGER, 1957, p. 364; AISA, 2004, p. 370; ALBERO, 1995, p. 267; PRATES, 2015, p. 48), ou por “ação em sentido natural” (*Handlung im natürlich Sinn*) (MEZGER, 1957, p. 361; ROXIN, 2014, p. 945; ALBERO, 1995, p. 265; AISA, 2004, p. 370), de modo que a sucessão desses atos (ou “ações em sentido natural”) é que constituiria a unidade de ação (MEZGER, 1957, p. 364; AISA, 2004, p. 396).

³⁸ No mesmo sentido, cf. Mezger (1957, p. 360).

³⁹ No mesmo sentido, cf. Roxin (2014, p. 943) e Correia (1996, p. 28).

⁴⁰ No mesmo sentido Jescheck e Weigend (2002, p. 765): “*el concepto de acción jurídico-penal tampoco es productivo para la solución del problema pues allí sólo se trata de la comprobación de las exigencias mínimas que por lo general el comportamiento humano debe cumplir para ser accesible a la valoración penal*”.

⁴¹ Para se ver com grande profundidade as teorias em comento, remete-se o leitor às obras de Prates (2015, p. 48 e ss.) e Horta (2007, p. 35 e ss.).

Embora qualquer movimento corporal possa ser sucessivamente cindido em movimentos ainda menores, *ad infinitum* (HORTA, 2007, p. 38), doutrinariamente se aceita que, segundo o conceito de “ação em sentido natural” (ou “ato”), “*existe una acción cuando una resolución volitiva (Willensentschluß) se transforma en un movimiento corporal*” (AISA, 2004, p. 369), ou, nas palavras de Claus Roxin (2014, p. 945), “*cuando un único acto voluntario causa la realización típica*”⁴². Como exemplos de ato podemos citar o desferimento de um só golpe, um único disparo, uma só palavra injuriosa etc (AISA, 2004, p. 370)⁴³.

Assim, como o relevante à caracterização do ato (ou da “ação em sentido natural”) é a existência de uma atuação fruto de uma só determinação de vontade, não se reconhece que a execução simultânea de determinados movimentos possa caracterizar um só ato (MEZGER, 1957, p. 362; JAKOBS, 1997, p. 1075; AISA, 2004, p. 370; ALBERO, 1995, p. 266; PRATES, 2015, p. 49; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 765). Isto é: aquele que se vale de duas armas de fogo para disparar simultaneamente contra diferentes pessoas pratica atos distintos e não um único ato, pois exterioriza resoluções criminosas diversas (ROXIN, 2014, p. 945-946; GARCIA, 1952, p. 504 *apud* PRATES, 2015, p. 49). Existe, ainda, uma só “ação em sentido natural” mesmo naqueles casos em que o ato praticado realiza vários resultados típicos, por mais que tenha lesionado bens jurídicos personalíssimos diversos (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 764; ALBERO, 1995, p. 266; AISA, 2004, p. 396; PRATES, 2015, p. 49).

Ocorre que, em muitos casos, a ação descrita no tipo penal pode ser realizada mediante uma pluralidade de atos e, não raro, o próprio tipo impõe que a conduta penalmente relevante o seja praticada, necessariamente, através de uma multiplicidade de atos (tipos plurissubsistentes, permanentes, habituais) (MEZGER, 1957, p. 365; ALBERO, 1995, p. 267; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 393). Assim, embora se saiba que vários atos possam ser abarcados em uma única ação e que, nos tipos plurissubsistentes, é o próprio tipo penal que impõe a necessidade de se reunir distintos atos em uma só ação, logo se vê que o conceito de “ação em sentido natural” não responde à indagação tendente a saber quando – isto é, com base em quais critérios – se poderá reunir diversos atos em uma unidade de conduta.

⁴² Do mesmo modo, cf. Aisa (2004, p. 368-369).

⁴³ De se registrar, aqui, a crítica de Eduardo Correia (1996, p. 34): “A que título se afirma, então, que tais condutas são necessariamente unas em sentido naturalístico? Por que não se contam, antes, como actos autónomos os diferentes movimentos que as formam? Nenhuma consideração decisiva do ponto de vista naturalística o pode justificar. Se se afirma tal unidade, é no fundo porque consciente ou inconscientemente se representa a unidade da resolução que lhes preside ou a unidade do evento que produzem, na medida em que estes critérios podem obter da lei valor decisivo para unificar a atividade criminosa. Quer dizer: já aqui é unidade jurídica, quando se não queira afirmá-la arbitrariamente.”

Por este motivo, o conceito de “ação em sentido natural” (“ato”), amplamente admitido pela doutrina como ponto de partida do conceito de ação da teoria do concurso de delitos (MEZGER, 1957, p. 362; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 765, AISA, 2004, p. 369; PRATES, 2015, p. 50), precisa ser complementado com uma teoria que responda a esse questionamento (AISA, 2004, p. 370; PRATES, 2015, p. 50). Foge aos objetivos do presente trabalho uma exposição pormenorizada das variadas teorias que se propuseram a solucionar a questão, razão pela qual seguiremos, aqui, com a abordagem de apenas duas delas: (i) a da unidade natural de ação e (ii) a da unidade típica de ação.

2.5.2. Da unidade natural de ação

A teoria da “unidade natural de ação” (ou teoria da concepção natural da vida), amplamente adotada pela jurisprudência alemã (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 765; ROXIN, 2014, p. 945; ALBERO, 1995, p. 264; HORTA, 2007, p. 38), não se confunde com a teoria da “ação em sentido natural” (“ato”). É que, enquanto esta última busca apenas estabelecer a unidade mínima da conduta (o “ato”), a teoria da unidade natural de ação, desenvolvida pelo Tribunal Imperial Alemão e aprimorada pelo BGH (ROXIN, 2014, p. 949; JAKOBS, 1997, p. 1.090), pretende explicar a razão pela qual uma pluralidade de atos (ou “ações em sentido natural”) podem ser reunidos e valorados como uma unidade de ação em sentido jurídico (AISA, 2004, p. 371).

Nos termos com que explicam Jescheck e Weigend (2002, p. 765), há unidade natural de ação quando “*los distintos actos parciales se apoyan sobre una resolución unitária de la voluntad y se encuentran en una relación temporal y espacial tan estrecha que son percebidos como una unidad por un observador ajeno*”. Ter-se-ia uma unidade de ação, portanto, quando da prática de atos que, orientados por uma vontade unitária quanto a um fim, estivessem em uma conexão espacial e temporal objetivamente identificáveis. Por isso, diz Eduardo Correia (1996, p. 30-31), segundo tal concepção haveria, supostamente, “uma unidade correspondente à natureza das coisas, de uma unidade cujos limites são apontados pelos ensinamentos da experiência da vida diária, pela própria compreensão da vida”.

De acordo com Claus Roxin (2014, p. 950), existiriam quatro critérios para se reconhecer, à luz dessa teoria, a unidade de conduta: “*una voluntad única (1); una pluralidad de actos uniformes (2); una estrecha relación conexión espacial y temporal de los actos individuales (3); y su pertenencia al mismo grupo reconocible también objetivamente y para un tercero*”.

Não concordamos com tal teoria, e não apenas pela imprecisão de seus critérios⁴⁴. É que, até mesmo pelo nome que carrega, atribui-se à teoria em comento uma equivocada ideia de que ela se encontra erigida sobre uma base puramente naturalística (ALBERO, 1995, p. 268), quando se sabe, na verdade, como já advertido por Eduardo Correia (1996, p. 31), que “a afirmação da unidade de certos fenômenos, factos ou objecto é, ou pode ser já, o resultado da sua referência a um determinado ponto de vista que interessa ao sujeito”. Assim, reconhecendo-se a inexistência de uma concepção razoavelmente objetiva sobre o que seja uma conduta plúrima ou una (HORTA, 2007, p. 40), ou se aceita a insegurança e arbítrio gerados pelo recurso a um “ponto de vista comum” (ou “usual na vida diária”), ou se conclui, como o faz Eduardo Correia (1996, p. 32-33), pelo deslocamento da questão para o plano normativo, abandonando-se a ideia de uma suposta unidade naturalística de ação⁴⁵.

Posto isto, é de se reconhecer que a unidade ou pluralidade de ação somente pode ser determinada a partir de critérios normativos (MEZGER, 1957, p. 365; AISA, 2004, p. 374; ALBERO, 1995, p. 265; CORREIA, 1996, p. 32-33), pois, como aponta García Albero (1995, p. 265), “*toda afirmación de unidad supone, en última instancia, una decisión valorativa*”. E se o que importa, aqui, é o encontro de um critério que permita o devido reconhecimento da unidade ou pluralidade de ações penalmente relevantes, então este critério valorativo só poderá ser alcançado dentro do próprio Direito Penal (MEZGER, 1957, p. 365; ALBERO, 1995, p. 265)⁴⁶. É disso que trataremos a seguir.

2.5.3. Da unidade típica de ação

A unidade ou pluralidade de ação pode ser compreendida sob diversas perspectivas (histórica, psicológica, sociológica, jurídica *etc.*) (JAKOBS, 1997, p. 1077). Contudo, no que interessa ao Direito Penal, o elemento decisivo para se reconhecer a unidade de ação é o sentido dos próprios tipos penais infringidos (MEZGER, 1957, p. 365; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 859; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; JAKOBS, 1997, p. 1.077), na

⁴⁴ Nesse sentido, também Jakobs (1997, p. 1.091).

⁴⁵ No mesmo sentido, cf. Jescheck e Weigend (2002, p. 765), e Albero (1995, p. 265).

⁴⁶ Daí a precisa lição de Eduardo Correia (1996, p. 74): “Com efeito, se a ação que é possível colocar na base do crime tem sempre e necessariamente uma estrutura teleológica que a faz situar num plano diferente dos meros acontecimentos psicofísicos em que ela naturalisticamente se esgotaria, é naquela esfera que há de ser posto o problema da unidade ou pluralidade de infrações.”

medida em que são eles os responsáveis por estabelecer os comportamentos penalmente relevantes⁴⁷. É como aponta Frederico Horta (2007, p. 44):

As parcelas do comportamento humano que interessam ao aplicador da norma penal só podem ser aquelas recortadas pelo tipo que as descreve. Assim, ao mesmo tempo que conferem relevância, o tipo, como modelo legal de conduta incriminada, reúne todos os atos empregados na sua realização, bem como os efeitos que essa realização abarca como unidades de ofensa aos bens jurídicos por meio dele tutelados.

Quando se busca reunir diversos elementos – quaisquer que sejam eles – em uma certa unidade, é fundamental que os elementos agrupados possuam alguma identidade entre si, ou seja: frente a um determinado objeto, os elementos reunidos devem expressar um mesmo sentido, uma mesma significação⁴⁸. Só há unidade, por conseguinte, em relação a algum objeto de referência (ALBERO, 1995, p. 272)⁴⁹, uma vez que somente esse referencial é capaz de destacar o aspecto comum aos distintos elementos e, assim, reuni-los à luz desse objeto de referência.

Pois bem. A teoria que ora se analisa (“teoria da unidade típica de ação”), admitindo a existência de uma unidade mínima da conduta (o “ato”)⁵⁰, parte da ideia de que é o tipo o objeto de referência para a aferição da unidade de ação, buscando identificá-la à luz do próprio tipo penal (MEZGER, 1957, p. 365; ROXIN, 2014, p. 945; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; JAKOBS, 1997, p. 1.077; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 859; HORTA, 2007, p. 44; AISA, 2004, p. 375; ALBERO, 1995, p. 266). Para essa teoria, a reunião de diversos atos em uma unidade de ação somente poderá ser realizada, no âmbito penal, a partir do sentido dos tipos atingidos por aqueles atos⁵¹. E é justamente por isso que se diz unidade *típica* de ação: porque a unidade aqui tratada (a de ação) é constituída tendo como objeto de referência o próprio tipo penal, isto é, tem-se uma unidade concebida sob uma perspectiva típica. A título ilustrativo: aquele que pratica um ato de violência ou grave ameaça em conjunto com um ato

⁴⁷ Para Mezger (1957, p. 365), “*la reunión de varios actos externos naturales en una unidad no es precisamente el producto de una consideración natural del problema, sino el resultado de una valoración de cierta especie, por tanto, y en lo que aquí interesa, un asunto exclusivamente jurídico, de Derecho positivo. (...) Si esta reunión quiere hallar un fundamento exacto, es preciso remontarse de nuevo a aquella imagen jurídica en la que encarna toda valoración jurídico-penal, a saber: al tipo jurídico-penal*”.

⁴⁸ Especificamente no que toca à matéria aqui analisada, Estrella Aisa (2004, p. 394) aponta que “*los tipos hacen cortes en una serie de actos que van dirigidos a la consecución de un mismo fin y cada corte constituye ya una unidad de sentido*”.

⁴⁹ Para Frederico Horta (2007, p. 41), aliás, “*nada é uno ou plúrimo por si mesmo, mas sempre segundo o ponto de vista do qual é observado e descrito*”.

⁵⁰ Nos termos com que exposto por Claus Roxin (2014, p. 945), “*se acepta una unidad de acción típica si varias acciones en sentido natural son agrupadas por el tipo en una acción ‘jurídica*”.

⁵¹ Para Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 392), o conceito de ação que interessa ao concurso de crimes “*se situa no âmbito dos tipos penais, isto é, das ações consideradas constitutivas de infrações penais*”. No mesmo sentido, cf.: Jescheck e Weigend (2002, p. 766); Jakobs (1997, p. 1.077).

de subtração de coisa alheia móvel tem seus atos reunidos pelo tipo em uma única ação (a de roubo⁵², nos termos do art. 157, do CP).

Contudo, antes de seguirmos a análise da teoria da unidade típica de ação, é preciso assentar que, embora uma única ação possa dar lugar ao aperfeiçoamento de diversos tipos (MEZGER, 1957, p. 374; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 865; ROXIN, 2014, p. 941), também é certo que a toda realização típica corresponde uma ação (AISA, 2004, p. 395), sendo possível associar, nas palavras de Jakobs (1997, p. 1079), a existência de “*una acción en el sentido de la teoría del tipo a toda realización de tipo*”. Além do mais, e como já explicitado anteriormente, na teoria do concurso de crimes, os atos penalmente relevantes são aqueles que se amoldam, ao menos formalmente, ao tipo efetivamente realizado⁵³. Assim, se algum dos atos praticados não estiver valorado no tipo *efetivamente* cometido, é porque tal ato é irrelevante do ponto de vista da ação que interessa à teoria do concurso de delitos; mas, em se tratando de um ato valorado pelo tipo, ele necessariamente deverá integrar, ou ao menos constituir, *per si*, alguma ação (AISA, 2004, p. 375), uma vez que o tipo reúne todos os atos que lhe concretizam em uma unidade (típica) de conduta (WELZEL, 1956, p. 217)⁵⁴. Nesse passo, entendemos que, reconhecida uma unidade delitiva, haverá de se reconhecer, também e necessariamente, a própria unidade de ação, na medida em que o tipo efetivamente realizado reúne todos os atos por ele valorados em uma unidade de conduta.

E, nos termos da lição de Lobo Moutinho (2005, p. 383), consideramos que o tipo apresenta tanto uma estrutura essencial quanto uma estrutura accidental. A estrutura essencial do tipo diz respeito “àqueles elementos, momentos ou aspectos que caracterizam ou identificam cada espécie de crime e cuja verificação é, por isso, pressuposto e fundamento da correspondente pena (que a norma também tipifica)” (*ibidem*, p. 383). Contudo, o crime não se resume a esta estrutura essencial, uma vez que, em abstrato, todos os crimes do mesmo tipo são idênticos (*ibidem*, p. 383). Por isso, diz Manuel Cavaleiro de Ferreira (1992, p. 376 *apud* MOUTINHO, 2005, p. 384): “se a responsabilidade penal se medisse exclusivamente em função da estrutura essencial do crime, não haveria, em princípio, uma maior ou menor responsabilidade penal relativamente ao mesmo tipo de crime”. Sabe-se, porém, que os tipos de crime apresentam um *quantum* de pena variável, de modo que as condutas que realizam um mesmo tipo podem corresponder a uma maior ou menor gravidade do conteúdo de injusto

⁵² Em sentido semelhante, cf.: MAURACH, 1962, p. 416; ROXIN, 2014, p. 945; JAKOBS, 1997, p. 1.086.

⁵³ Vide lição de Claus Roxin (2014, p. 944): “*el concepto de acción de la teoría del concurso sólo describe comportamientos típicos*”.

⁵⁴ Conforme Estrella Aisa (2004, p. 394), “*todos los actos dirigidos al mismo fin que están comprendidos en un mismo tipo constituyen una unidad de sentido*.”

(MOUTINHO, 2005, p. 383). E essa variabilidade do conteúdo de injusto, diz Lobo Moutinho (2005, p. 384),

só pode significar que, na sua plenitude, a estrutura (relevante) do facto criminoso se estende para lá daquela zona nuclear ou essencial para alcançar uma outra zona. Essa será uma zona periférica, acessória ou accidental, composta pelos momentos do crime concreto que, não sendo indispensáveis para a verificação do crime da espécie indicada na norma incriminadora, confluem para a determinação da pena a aplicar ao agente entre o máximo e o mínimo, permitindo, assim, afinar a correspondência da pena ao que crime que já decorre do estabelecimento do máximo e do mínimo da pena.

A estrutura accidental do tipo diz respeito, portanto, às circunstâncias concretas que envolveram a realização do tipo. E, ao analisar a unidade ou pluralidade de crimes, deve-se levar em conta o tipo em sua inteireza, isto é: tanto em sua estrutura essencial quanto em sua estrutura accidental (MOUTINHO, 2005, p. 406)⁵⁵.

Dito isso, podemos analisar, então, a forma com que o tipo penal materializa a reunião de atos em uma unidade de ação. E o caminho a ser trilhado começa não pela identificação da unidade de ação propriamente dita, mas sim pela identificação da unidade ou pluralidade de realizações típicas decorrente de um determinado feixe comportamental. Em outras palavras: antes de se investigar a unidade ou pluralidade de condutas, é preciso analisar se em um determinado feixe comportamental realizou-se um ou mais delitos, para só depois avaliar se esta unidade ou pluralidade delitiva decorre de uma ou mais ações.

O procedimento aqui descrito não deve causar nenhum espanto, pois, como se vê nos países que não diferenciam a pluralidade delitiva em concurso material e formal (modelo unitário)⁵⁶, a partir de um determinado comportamento, é totalmente possível analisar a unidade ou pluralidade de delitos sem que seja necessário investigar a unidade ou pluralidade de condutas. É o caso, por exemplo, da legislação portuguesa, que se limita a dizer que “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente” (art. 30, I, do Código Penal Português⁵⁷). Analisemos melhor, então, o caminho aqui explicitado.

De início, deve-se assinalar: uma vez que a toda realização típica corresponde uma ação (JAKOBS, 1997, p. 1079), então sempre que houver uma única realização do tipo – isto é,

⁵⁵ Diz o autor: “o tipo não se limita a valorar a estrutura essencial do crime – que lhe é comum com todos os crimes do mesmo tipo – mas, mais além disso, o facto criminoso na plenitude dos seus aspectos relevantes.” (*Ibidem*, p. 409-410).

⁵⁶ Segundo entendemos, e especificamente no que diz respeito ao campo do concurso de crimes, a necessidade de investigar se uma pluralidade delitiva decorre de uma unidade ou pluralidade de condutas só existe nas legislações que adotam o modelo dualista, isto é, que reconhecem a distinção entre o concurso material e o formal. Entre os países que seguem o modelo unitário, uma vez aferida as realizações típicas oriundas de um determinado recorte comportamental, sequer há razão para se investigar se tal pluralidade delitiva decorreu de uma ou mais ações.

⁵⁷ (PORTUGAL, 2019a).

sempre que caracterizada uma unidade delitiva – haverá de se reconhecer a necessária unidade de ação⁵⁸ e, com isso, a unidade de conduta. Quer se dizer com isto que, quando diversos atos (ou mesmo um ato) representarem uma única realização típica, todos eles estarão, à luz do tipo realizado, em unidade, isto é, em uma unidade (típica) de ação. Daí a conclusão: haverá uma necessária unidade de ação quando os atos praticados representarem uma única realização típica.

Por outro lado, é possível que diversos atos (ou mesmo um ato) acabem por produzir, efetivamente, múltiplas realizações típicas (idênticas ou não). E, nesses casos – ao contrário do que se passa naqueles em que é possível reconhecer a unidade de ação porque presente a realização única de um só tipo –, a pluralidade de realizações típicas não permite aclarar, por si só, se os diversos atos estão ou não em unidade de ação. E isso porque, embora uma única realização típica imponha o reconhecimento da unidade de ação, a pluralidade de realizações típicas pode ter sido concretizada tanto através de uma quanto por meio de várias ações, produzindo um concurso formal no primeiro caso e um concurso material no segundo.

Desse modo, presente uma pluralidade de realizações típicas (idênticas ou não), o caminho para se aferir a unidade de ação passará pela análise dos atos executivos de cada um dos tipos efetivados⁵⁹. Se houver uma identidade (total ou parcial) entre os atos executivos dos tipos praticados, haverá de se reconhecer a unidade típica de ação, pois os atos concretizadores dos diversos tipos serão, se não totalmente, ao menos parcialmente idênticos⁶⁰. Por outro lado, caso não exista qualquer identidade entre os atos executivos dos tipos efetivados, então tais atos não poderão ser reunidos em uma unidade típica de ação, constituindo, por conseguinte, uma pluralidade de condutas: tantas quantas forem os tipos isoladamente realizados por tais atos⁶¹.

⁵⁸ Cf. o apontamento de Estrella Aisa: “*Si afirmamos una realización típica es evidente que sólo va a existir una acción, que además coincide con el concepto de acción típica.*” (2004, p. 395-396).

⁵⁹ Segundo Estrella Aisa, “*esto es así porque aunque se constate que concurren todos los presupuestos de aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para cada delito, eso no significa todavía que se pueda pasar, sin más, a sumar las consecuencias jurídicas previstas para cada uno de ellos*” (2004, p. 60). De fato, a identificação de uma pluralidade delitiva em um determinado feixe comportamental não permite aclarar, por si só, qual a consequência jurídica a ser dada ao caso, pois, a depender do reconhecimento da unidade ou pluralidade de ações, ter-se-á um tratamento jurídico distinto.

⁶⁰ Cf. Sanz Morán (2012, p. 41), para quem “*el dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos tipos penales es la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los mismos, del proceso ejecutivo en ellos previsto o supuesto, del ámbito de referencia en el que se superponen las diferentes descripciones típicas*”. No mesmo sentido: Estrella Aisa (2004, p. 404).

⁶¹ Nesse sentido, destaca-se uma vez mais a lição de Sanz Morán (2012, p. 42-43): “*con la determinación del campo propio del concurso ideal queda asimismo definido, de forma negativa, el del concurso real. Siempre que los diversos delitos no tengan en su base una sola acción en el sentido indicado, es decir, no exista identidad, al menos parcial, en los correspondientes procesos ejecutivos, estaremos ante un concurso real o material de infracciones.*”

Por isso mesmo, é de se concordar com Mezger (1957, p. 374): “*la determinación del concepto de la pluralidad de acción resulta per exclusionem, y rige, en tanto, sin excepción alguna*”.

Do exposto, compreendemos que a identificação da unidade de ação é procedimento a ser realizado em dois passos: em um primeiro, verifica-se, em um determinado feixe comportamental, a existência (ou não) de uma unidade de realização típica (unidade delitiva), que, caso existente, sempre conduzirá ao reconhecimento de uma unidade de conduta⁶². Em um segundo passo, alcançado apenas quando verificada a pluralidade de realizações típicas (multiplicidade delitiva), haverá de se analisar a identidade (total ou parcial) dos atos executivos dos tipos concretizados, o que dará lugar ao reconhecimento ou da unidade, ou da pluralidade de ações⁶³.

Poder-se-ia dizer, em sentido contrário, que a ideia de primeiro se analisar a unidade ou pluralidade de crimes, para só depois – e a partir daí – apreciar a unidade ou pluralidade de condutas, falharia em explicar essa unidade ou pluralidade de condutas nos crimes formais e nos de mera conduta. E isso porque, nesses delitos, talvez se pudesse primeiro exigir a determinação da unidade ou pluralidade de condutas realizadas para só depois, em um segundo momento, poder-se determinar a unidade ou pluralidade de delitos. Entretanto, essa não nos parece uma crítica válida. É que, nos crimes formais, embora a ofensa jurídica corresponda à própria realização da conduta, pode ser que, mesmo diante de uma só ação típica (conduta), caracterizem-se diversos delitos, porque distintos os objetos da ação⁶⁴.

Pensemos então em um delito formal, como é o de ameaça: verificado que em um longo discurso (isto é: em um determinado feixe comportamental) um político ameaçou duas pessoas, ter-se-á a caracterização de dois crimes de ameaça, porque atingidos bens jurídicos personalíssimos de distintos titulares (diversos objetos de ação). Mas, como saber se tais ameaças foram praticadas através de uma ou de duas condutas? Também em tais casos, pensamos, a resposta passa pela aferição da identidade (total ou parcial) entre os atos executivos dos dois delitos já reconhecidos no sobredito feixe comportamental. Se verificado que as ameaças, embora praticadas em um mesmo discurso, foram realizadas através de frases (atos)

⁶² É de se destacar a opinião de Estrella Aisa (2004, p. 396): “*lo que interesa en el primer momento del enjuiciamiento jurídico-penal no es la unidad o pluralidad de la conducta del sujeto (constituída por una sucesión de actos) sino la atribución de sentido jurídico-penal a esta conducta. (...). Únicamente cuando la actividad final pueda subsumirse en varios tipos aparecen los problemas concursales.*”

⁶³ Segundo Estrella Aisa, o critério em comento foi desenvolvido pelo Tribunal Imperial Alemão (*Reichsgericht*) como um segundo método para identificação e delimitação do concurso real e ideal. Cf.: *Ibidem* (p. 403).

⁶⁴ Para Lobo Moutinho, nos crimes formais a ofensa jurídica corresponde “à própria realização da ação ou omissão, exprimindo que ela é, não um qualquer sucesso, mas um evento jurídico, enquanto ofensa de um bem jurídico. Por essa razão, nos crimes formais, o evento acompanha de modo estreito a própria ação ou omissão e, em termos de unidade e pluralidade, só alcança alguma autonomia relativamente à própria ação ou omissão, mediante a consideração dos diversos objetos de ação” (2005, p. 492).

absolutamente distintas, e sequer minimamente relacionadas entre si, ter-se-á a ausência de uma identidade entre os atos de tais delitos, conduzindo ao reconhecimento de duas condutas (e a um possível crime continuado); por outro lado, caso as ameaças tenham sido praticadas através da mesma frase (ato), ter-se-á a constatação de uma identidade entre os atos executivos de cada um dos delitos e, assim, o reconhecimento de uma única conduta (concurso formal)⁶⁵. Por isso, nem mesmo nos crimes formais e de mera conduta convém dizer que a unidade ou pluralidade de condutas deverá ser aferida antes mesmo de se apreciar a unidade ou pluralidade delitiva. Para além disso, não é de grande valia contar-se os crimes e as condutas de maneira diversa, conforme a classificação dos delitos quanto ao resultado.

É de se ressaltar, todavia, que a verificação da unidade ou pluralidade delitiva diz respeito apenas aos delitos *efetivamente* caracterizados, não bastando, para tanto, a mera realização formal de um determinado tipo (AISA, 2004, p. 59-60). É que, para a teoria da unidade ou pluralidade de condutas que interessa ao concurso de crimes, não há nenhuma valia em se aferir a quantidade de condutas através de tipos que não tenham sido *efetivamente* realizados, porque a ela só interessa a apreciação das condutas que, de fato, sejam *efetivamente* penalmente relevantes⁶⁶. E, a não ser para agravar o conteúdo de injusto do delito prevalente, não vislumbramos uma efetiva relevância penal nos atos que não levam um determinado tipo de delito a ser efetivamente realizado.

Assim, haverá unidade delitiva se, em razão dos critérios solucionadores de um concurso aparente de normas, reconhecer-se, no caso concreto, a incidência efetiva de um único delito, por mais que o tipo penal prevalente tenha entrado em concurso aparente com outras figuras típicas⁶⁷. Em tais casos, isso se dá em razão de “o facto aparentemente regulado numa das normas (a afastada) se inserir, como circunstância, na estrutura accidental do facto previsto, valorado e regulado exhaustivamente pela outra” (MOUTINHO, 2005, p. 1062). Nesse cenário, então, todos os atos penalmente relevantes – mesmo aqueles absorvidos no concurso aparente – serão reunidos pelo tipo prevalente em uma unidade (típica) de ação⁶⁸.

⁶⁵ Reconhecendo a possibilidade de um concurso formal entre as ameaças praticadas em uma mesma conduta, contra diversas pessoas. (BRASIL, 2010a).

⁶⁶ Nesse sentido nos parece ser a lição de Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 394), pois para eles, “ao menos para fins de concurso de crimes, a identificação da regra a ser aplicada haverá que passar pelo conceito de *ação típica*, isto é, pela ação abrangida pelo tipo penal a ser levado em consideração na aplicação da pena, quando condenatória a decisão e quando presentes a pluralidade ou a unidade de ações”.

⁶⁷ Segundo Mezger (1957, p. 369), “*a los tipos generales, subsidiários y consumidos, les falta la independencia jurídica frente a los tipos especiales, primarios y consumidores; forman con estos últimos una unidad.*”.

⁶⁸ É justamente essa a certa lição de Mezger (1957, p. 368-369): “*A los actos que como unidad de acción jurídica caen bajo un determinado tipo jurídico-penal, se añaden también todos aquellos actos (formando una unidad con los primeros), a los que por razones jurídicas les falta la independencia frente a los primeros a causa de que el tipo jurídico-penal a que pertenecen es abarcado por el tipo que viene en aplicación. O dicho con otras palabras:*

Portanto, o fundamental, em primeiro lugar, é identificar, a partir de um determinado feixe comportamental, a unidade ou pluralidade delitiva, isto é, a unidade ou multiplicidade de realizações típicas. E, em um determinado comportamento, o número de delitos se conta a partir da “unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica” (DIAS, 2007, p. 988-989). Se houver unidade de realização típica, já se poderá concluir pela reunião de todos os atos penalmente relevantes em uma unidade de conduta. No entanto, caso seja identificada uma pluralidade delitiva, a unidade de ação só poderá ser aferida através da identidade (total ou mesmo parcial) dos tipos efetivamente cometidos: se houver uma identidade total ou parcial entre os atos executivos dos tipos, haverá de se reconhecer a unidade de ação, e, assim, o concurso formal; mas, se não houver uma identidade sequer parcial entre os atos executivos dos tipos realizados, então será reconhecida a pluralidade de ações e, com ela, o concurso material.

Vejamos, então, as duas principais etapas procedimentais para a caracterização da unidade de ação: as teorias que buscam identificar quando se estará diante de uma unidade delitiva (teorias da unidade típica em “sentido estrito” e a “em sentido amplo”), e aquela que se debruça sobre a natureza dos atos executivos capazes de fundamentar uma unidade de ação.

2.5.3.1. Da unidade típica de ação em sentido estrito

A unidade típica de ação em sentido estrito diz respeito aos casos em que: (i) há uma única e simples realização do tipo penal (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; AISA, 2004, p. 375)⁶⁹ – daí as palavras de Jescheck e Weigend (2002, p. 766): “*acción unitaria es siempre el cumplimiento de los presupuestos mínimos del tipo legal*”⁷⁰; ou quando (ii) o próprio tipo penal impõe a reunião de uma pluralidade de atos em uma unidade de ação (ROXIN, 2014, p.

también actúan como “abrazadera” de la unidad los tipos legales consumidos por el tipo legal cuya aplicación procede. (...). Así resulta que pertenecen a la unidad de la acción todos los actos preparatorios, de tentativa, de participación y todas las acciones por las que se realiza una intención, ejecutados por el autor mismo de acto principal; especialmente pertenecen aquí todas aquellas acciones que han de considerarse desde el punto de vista de los llamados acto anterior o posterior impunes.”

⁶⁹ Lembrando que a unidade típica de ação em sentido amplo trata dos casos em que existe uma aparente múltipla realização de um mesmo tipo penal; conforme se verá adiante, García Alberó (1995, p. 119) assinala, quanto à unidade típica de ação em sentido estrito, que “*en estos casos, la unidad delictiva se deduce directamente de la interpretación del tipo en cuestión, por lo que no estamos frente a una plural realización típica, desde la órbita del tipo de injusto implicado.*”

⁷⁰ No mesmo sentido é a lição de Frederico Horta (2007, p. 57), para quem haverá unidade típica de ação em sentido estrito “quando o conjunto de atos de vontade realizados pelo agente concretizar uma única vez os pressupostos mínimos de um mesmo tipo de delito.”

946)⁷¹, o que se sucede quando o tipo exige que a conduta nele descrita seja praticada, necessariamente, através de diversos atos.

No primeiro grupo de casos, há unidade típica de ação em sentido estrito quando, embora possível a realização do tipo em um único ato, no caso concreto, o cumprimento dos seus pressupostos mínimos é alcançado através de uma pluralidade de atos (ROXIN, 2014, p. 948; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 859; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766). Assim, a grávida que, através de uma sucessão de atos, provoca a si mesma um aborto (art. 124, CP), realiza tal tipo penal em uma unidade de ação, que abarca todos aqueles atos empregados para se alcançar o referido aborto⁷².

Haverá unidade de ação em sentido estrito, ainda, quando diversos atos concretizarem cumulativamente os pressupostos mínimos de distintos núcleos de um mesmo tipo penal misto alternativo (ALBERO, 1995, p. 268; MORÁN, 2012, p. 14), pois, aqui, como as condutas penalmente relevantes são fungíveis (FRAGOSO, 2006, p. 194), não há uma múltipla realização típica⁷³, mas tão somente o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo⁷⁴. A título ilustrativo, pode-se citar o delito de estupro (art. 213, do CP), inserto em um tipo penal misto alternativo no qual a prática da “conjunção carnal”, acompanhada da realização de “outro ato libidinoso”, representará uma unidade delitiva (BRASIL, 2017j), e, por conseguinte, uma unidade (típica) de ação.

Ainda quanto à unidade de ação típica em sentido estrito, o segundo grupo de casos em que esta poderá ser reconhecida diz respeito, como já dito acima, àquelas situações em que o próprio tipo penal impõe a realização da ação típica mediante uma pluralidade de atos (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 393). É o que se dá no caso do roubo (art. 157 do CP), em que o tipo impõe a prática de dois atos: tanto o emprego da violência ou grave ameaça quanto

⁷¹ Nas palavras de García Albero (1995, p. 267): “*En estos supuestos, el tipo presupone necesariamente la reunión de varias “acciones naturales” en unidad valorativa*”.

⁷² No mesmo sentido são os exemplos de Jescheck e Weigend (2002, p. 766), e Pacelli e Callegari (2015, p. 393).

⁷³ No que toca à realização de diversos núcleos de um mesmo tipo mistos alternativo, Sanz Morán (2012, p. 14) aponta que “*esas diversas modalidades de comisión son permutables entre sí, de modo que la realización de más de una de ellas no rompe la unidad delictiva*”.

⁷⁴ Contudo, entendemos que, se os atos praticados implicarem na reiterada realização de um mesmo núcleo do tipo misto alternativo, então já se terá ultrapassado o mero cumprimento dos seus pressupostos mínimos, razão pela qual não se poderá reconhecer a unidade de ação em sentido estrito, mas tão somente em sentido amplo. Um exemplo pode esclarecer o que aqui se diz. Tomemos por base o delito de corrupção passiva, inscrito no art. 317 do CP, inserto em um tipo penal misto alternativo que criminaliza as condutas do funcionário público que “solicitar”, “receber” ou “aceitar promessa” de vantagem indevida. Caso o agente público *solicite* a vantagem e depois de fato a *receba*, ter-se-ia uma unidade de ação típica em sentido estrito. Mas, caso haja *sucessivas solicitações* por parte desse funcionário, sairemos do campo do mero cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo para adentrar ao terreno de sua realização reiterada.

a subtração da coisa alheia móvel⁷⁵. Nesse passo, há unidade típica de ação em sentido estrito em relação aos atos concretizadores dos crimes plurissubsistentes (MEZGER, 1957, p. 365; ROXIN, 2014, p. 946; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 393; HORTA, 2007, p. 44; AISA, 2004, p. 376; PRATES, 2015, p. 61), permanente (MEZGER, 1957, p. 365; WELZEL, 1956, p. 217; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 589; ROXIN, 2014, p. 946; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 393; HORTA, 2007, p. 44; MORÁN, 2012, p. 12; AISA, 2004, p. 376; PRATES, 2015, p. 61)⁷⁶ ou habituais (ROXIN, 2014, p. 947; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 392; HORTA, 2007, p. 44; PRATES, 2015, p. 61; MORÁN, 2012, p. 13).

2.5.3.2. Da unidade típica de ação em sentido amplo

Dá-se a unidade típica de ação em sentido amplo⁷⁷ nos casos em que é possível reconhecer a unidade de conduta quando o agente, mesmo ultrapassando a simples realização do tipo penal (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 767), pratica uma pluralidade de atos por si sós realizadores do tipo, desde que em estreita unidade espacial e temporal (AISA, 2004, p. 376). Trata-se aqui, portanto, daquelas situações em que ocorre a prática do tipo penal de maneira reiterada ou sucessiva (progressiva) (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 767; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 392). Bem o explica Estrella Aisa (2004, p. 376):

Por otra parte con el concepto de unidad típica de acción en sentido amplio se hace referencia a que es posible reunir una pluralidad de acciones naturales, cada una de las cuales realiza ya por sí el tipo, en una unidad típica de acción y, por tanto, en una única infracción. A través del concepto de unidad típica de acción en sentido amplio se explica la realización iterativa del mismo tipo penal en un determinado contexto espacio-temporal y los de realización sucesiva o progresiva del tipo penal a través de una serie de actos parciales.

No que se refere à unidade típica de ação decorrente da prática reiterada do mesmo tipo penal⁷⁸, haverá de se reconhecer a unidade de conduta em relação àqueles tipos penais que,

⁷⁵ Para Zaffaroni, Slokar e Alagia (2002, p. 859), aliás, “con mucha mayor razón que en los tipos con pluralidad eventual de actos, la pluralidad de movimientos estará abarcada por el factor normativo cuando la pluralidad de actos sea requerida en el tipo mismo”.

⁷⁶ É de se pontuar, quanto aos delitos permanentes, que Claus Roxin (2014, p. 947) reconhece a unidade de ação mesmo quando há uma breve interrupção dos atos que o caracterizam.

⁷⁷ Alguns autores identificam o conceito “unidade típica de ação em sentido amplo” com o termo “unidade natural de ação”, embora com um sentido mais restrito do que aquele desenvolvido pela jurisprudência alemã. Nesse sentido o fazem Albero (1995, p. 268) e Jescheck e Weigend (2002, p. 767). No entanto, e como bem advertido por Estrella Aisa (2004, p. 376), esta dupla utilização do conceito nada mais traz do que enorme confusão.

⁷⁸ Como bem apontado por García Albero (1995, p. 122), “en esta constelación de casos, el autor transciende a la simple realización del tipo, por cuanto que rebasa con su comportamiento los requisitos mínimos necesarios

embora não exijam, admitem a prática de um número indeterminado de atos mesmo após a consumação delitiva (WELZEL, 1956, p. 218; ROXIN, 2014, p. 950; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 859; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 767; ALBERO, 1995, p. 122; AISA, 2004, p. 388)⁷⁹. Assim, e a título meramente ilustrativo, será reconhecida a unidade delitiva e, com ela, a unidade de ação, se, em estreita conexão espaço-temporal, houver a prática dos seguintes atos: o desferimento de sucessivos golpes causadores de uma lesão corporal, o proferimento de múltiplas injúrias (ALBERO, 1995, p. 122), a pluralidade de atos violentos quando da participação em uma rixa (HORTA, 2007, p. 45) e *etc.* Em todos estes casos, cada um dos atos repetitivos ou reiterados representa uma mesma – e reiterada – realização formal dos tipos citados, não se ultrapassando, porém, a unidade delitiva (*ibidem*, p. 45).

Mas em se tratando de comissão repetitiva do tipo penal, o reconhecimento da unidade de ação dependerá, para além da exigência de que os atos tenham sido praticados em estreita conexão espaço-temporal, da existência de um mero incremento da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (MAIWALD, 1964, p. 74 e ss. *apud* AISA, 2004, p. 389; JAKOBS, 1997, p. 1.081-1.082; ALBERO, 1995, p. 123; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 393)⁸⁰ e também de uma unidade subjetiva ou motivacional (MAIWALD, 1964, p. 74 e ss. *apud* AISA, 2004, p. 389; JAKOBS, 1997, p. 1.077; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 861; ALBERO, 1995, p. 123). O fundamental, então, é que os atos que impliquem na reiteração do tipo penal representem apenas um “*incremento o intensificación cuantitativa del mismo contenido de injusto*” (ALBERO, 1995, p. 123)⁸¹.

É o que apontam Jescheck e Weigend (2002, p. 767):

presupuesto de la aceptación de unidad de acción en estos casos es que la infracción del bien jurídico mediante la múltiple repetición del tipo experimente sólo un aumento cuantitativo (injusto unitario) y que el hecho, además, descansa sobre una situación motivacional unitaria (culpabilidad unitaria)⁸².

para la imputación de la conducta típica, prosiguiendo en su comportamiento y por tanto reiterando conceptualmente dicha realización.”

⁷⁹ É importante assinalar que os crimes que admitem uma comissão reiterada não se identificam com os denominados “crimes habituais”, pois, enquanto aqueles não exigem a prática de reiterados atos para a sua consumação, os crimes habituais, como bem aponta Frederico Horta (2007, p. 45), “só existem a partir da reiteração de atos por si sós penalmente indiferentes, na medida em que se tornem um hábito, um estilo ou meio de vida.”

⁸⁰ Para Zaffaroni, Slokar e Alagia (2002, p. 861) “*una racional interpretación de los tipos muestra que en algunos la norma no abarca la reiteración de la conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido de injusto de la única conducta típica*”.

⁸¹ No mesmo sentido, cf. Roxin (2014, p. 950).

⁸² No mesmo sentido cf. Aisa, 2004, p. 389.

Analisemos, então, de que modo a afetação do bem jurídico (resultado) e o aspecto subjetivo do autor interferem na caracterização da unidade ou pluralidade delitiva, e, assim, no próprio reconhecimento da unidade de ação.

No que se refere ao bem jurídico, se os bens atingidos pertencerem a distintos titulares, o reconhecimento da unidade delitiva passará a depender da própria natureza personalíssima ou não personalíssima de tais bens (JAKOBS, 1997, p. 1082).

Em se tratando de bens jurídicos não personalíssimos (de que são exemplos clássicos o patrimônio e a propriedade) (ROXIN, 2014, p. 952), a doutrina entende que poderá haver unidade delitiva mesmo que os bens atingidos possuam titulares diversos.⁸³ Assim, sempre que o bem em questão puder ser transferido a outro titular, ou ao menos cedido o seu aproveitamento para um terceiro, a diversidade de titulares dos bens jurídicos afetados não impedirá a valoração conjunta do resultado (JAKOBS, 1997, p. 1082). Aliás, quando se está diante de um bem jurídico não personalíssimo, tampouco se exige que o autor reflita acerca de cada uma das realizações típicas empreendidas, bastando que ele tenha buscado uma lesão ao bem jurídico globalmente considerado (*ibidem*, p. 1082; AISA, 2004, p. 390)⁸⁴. Daí a conclusão de que, ante a lesão a bens jurídicos não personalíssimos de distintos titulares, uma única ação jamais poderá caracterizar uma pluralidade de infrações, o que leva Jakobs (1997, p. 1083) inclusive a afirmar que “*el concurso ideal homogéneo no se da nunca en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, entre otros, y en los delitos mediante los que se atacan bienes personalísimos sólo en el caso de distintos titulares de bienes*”⁸⁵.

No entanto, quando da ofensa a bens jurídicos personalíssimos de distintos titulares, a doutrina majoritária rejeita a possibilidade de se reconhecer a unidade delitiva (JAKOBS, 1997, p. 1082; ROXIN, 2014, p. 952; ALBERO, 1995, p. 124-125). De fato, cada uma das lesões a bens jurídicos personalíssimos de distintos titulares é, sempre, valorativamente autônoma em relação às demais (ALBERO, 1995, p. 125)⁸⁶, impedindo a reunião dos resultados em um

⁸³ Nesse sentido, cf.: Maiwald (1964, p. 80 *apud* ALBERO, 1995, p. 126), Claus Roxin (2014, p. 951), Jakobs (1997, p. 1.082), Albero (1995, p. 126) e Estrella Aisa (2004, p. 389).

⁸⁴ Por outro lado, afirma Estrella Aisa, “*si se trata de la lesión de bienes jurídicos personalísimos de distintas personas el autor debe enfrentarse con cada realización típica. La decisión del autor de lesionar a otra persona debe valorarse independientemente.*” (2004, p. 390).

⁸⁵ Esse posicionamento também é adotado por Frederico Horta (2007, p. 57). Em sentido contrário se manifestam Jescheck e Weigend (2002, p. 776): “*El concurso ideal homogéneo no es solo posible en delitos contra bienes jurídicos personalísimos (...), sino que también lo es en los delitos contra los derechos patrimoniales. Dado que estos últimos ‘corresponden’ a personas individuales, la pretensión del respeto al bien jurídico protegido en la disposición penal se infringe múltiples veces si el hecho perjudica a varias víctimas.*”

⁸⁶ Para Jakobs (1997, p. 1082), “*este predominio de la perspectiva de la víctima al analizar el menoscabo de bienes personalísimos se basa en una razón de orden normativo, no teniendo que llevarse a cabo paralelamente en la psique del autor.*”

injusto unitário (JAKOBS, 1997, p. 1082). Bem o explica Maiwald (1964, p. 81 *apud* ROXIN, 2014, p. 952):

Ciertamente el menoscabo de valores patrimoniales o de la propiedad constituye una magnitud con posibilidad de aumento, pero al contrario los bienes jurídicos personalísimos forman unidades absolutas, las cuales no son susceptibles de un calculo cuántico. Tanto para la valoración jurídica como para la valoración moral la destrucción de dos vidas o la lesión al honor de dos personas no es simplemente una lesión intensificada del bien jurídico vida u honor. Por eso no puede construirse tampoco una unidad de acción para el castigo de la lesión de varios bienes jurídicos personalísimos.

Por este motivo, diz Jakobs (1997, p. 1082), na medida em que não podem ser reunidas em uma unidade delitiva, “*las lesiones a bienes personalísimos de distintas personas nunca constituyen una sola infracción*”.

A relevância dos bens jurídicos personalíssimos para o reconhecimento (ou não) da pluralidade de infrações é tamanha que, em se tratando de delitos que protegem, simultaneamente, um bem jurídico personalíssimo e outro não personalíssimo (por exemplo: o crime de roubo, inscrito no art. 157 do CP, que a um só tempo tutela tanto o patrimônio quanto a liberdade e a integridade física), não se poderá reconhecer a unidade delitiva caso diversos indivíduos tenham sofrido a violência ou grave ameaça a que alude o tipo⁸⁷.

Por isso, consideramos que, se através dos mesmos atos um agente empregar violência contra diversas pessoas para subtração de coisa alheia móvel, ainda que se trate de apenas uma só coisa, e pertencente a um único titular, haverá de se reconhecer não só a unidade de ação, mas também a pluralidade de realizações típicas de roubo e, assim, o concurso formal entre os delitos consumados⁸⁸. E isso porque, aqui, haverá uma multiplicidade de ofensas a um bem jurídico personalíssimo (integridade física). Por outro lado, mas também por esse motivo, entendemos que, se a violência ou grave ameaça recair sobre uma só pessoa, haverá de se reconhecer a unidade delitiva por mais que ocorra a subtração de coisas pertencentes a diversos titulares⁸⁹, porque estaremos diante de uma mera intensificação da lesão a um bem jurídico não personalíssimo (patrimônio), e não ante uma pluralidade de ofensas a bens jurídicos personalíssimos distintos⁹⁰.

⁸⁷ Sobre o tema, cf. Jakobs, para quem “*el robo de una sola cosa empleando violencia contra varias personas constituye varios robos en concurso ideal homogéneo*”(1997, p. 1.083).

⁸⁸ Em sentido contrário, porém, o STJ já considerou que, se a violência de que trata o art. 157 do CP for empregada contra duas pessoas, mas realizada uma única subtração, haverá um único crime de roubo. Cf.: Brasil (2019c, 2015a). No entanto, é curioso observar que, se da violência empregada no roubo da coisa pertencente a um único titular resultar a morte de duas pessoas, o próprio STJ reconhece a caracterização de dois latrocínios em concurso formal impróprio. Cf. Brasil (2015b, 2013c).

⁸⁹ Em casos concretos, assim já se decidiu no STJ: Brasil (2019b, 2015e, 2014c, 2011b, 2017m, 2002a).

⁹⁰ Em relação ao furto, aliás, é amplamente admitido que a pluralidade de titulares da coisa subtraída não conduz à pluralidade delitiva, mantendo-se, nesses casos, o reconhecimento de um só delito de furto. Entende-se,

É precisamente por essas razões que consideramos, no caso do roubo a diversas pessoas que se encontram em veículo de transporte público, que há um concurso formal próprio na conduta do agente que promove o assalto. Afinal, ante a pluralidade de lesões a bens jurídicos personalíssimos (e não em função da pluralidade de patrimônios lesados), deve-se reconhecer a pluralidade de crimes de roubo; e uma vez que as referidas lesões são causadas pelos mesmos atos, também se impõe o reconhecimento da unidade de conduta. Por fim, e considerando que não vislumbramos, nestes casos, a existência de deliberações significativamente distintas (desígnios autônomos) em relação a cada um dos delitos praticados, caracterizar-se-ia o concurso formal próprio ou perfeito.

Pois bem. Deixando para trás a questão relacionada ao modo com que a natureza dos bens jurídicos lesionados interfere no reconhecimento da unidade ou pluralidade delitiva, cabe dizer, por fim, que o componente subjetivo da unidade de ação repousa, como dizem Jescheck e Weigend (2002, p. 768), na “*permanencia del mismo contexto motivacional en una situación fáctica unitaria*”⁹¹. Não é necessária a existência de uma vontade única, já posta no início da execução do fato e que se estende inalteradamente até o seu fim (ROXIN, 2014, p. 951). Basta que os atos estejam em uma unidade de motivação decorrente de uma mesma situação (AISA, 2004, p. 389), de um mesmo plano ou objetivo. É que, ao adentrar em uma determinada situação delitiva, pode ser que o agente se depare com a oportunidade ou necessidade de praticar atos inicialmente não planejados, mas que se encontram abarcados em uma unidade de motivação, decorrente dessa situação delitiva⁹².

Aliás, ainda que o autor abandone a sua vontade delitiva e dê por encerrada a sua conduta, haverá unidade subjetiva caso ele retome essa vontade e volte a delinquir, desde que presente uma identidade de situação motivacional entre os dois momentos (ROXIN, 2014, p.

corretamente a nosso juízo, que “para a configuração do crime de furto é irrelevante a identificação e individualização da vítima, pois a lei não protege o patrimônio de alguém em particular, mas de todos em geral; por isso, basta a certeza de que a *res furtiva* não pertence ao ladrão, isto é, trata-se de coisa alheia”. Cf.: Bitencourt (2015, p. 35). No entanto, e talvez por mera imprecisão, em casos de roubo com emprego de violência ou grave ameaça a distintas vítimas, é comum encontrarmos julgados aferindo a unidade ou pluralidade de delitos a partir, justamente, da identidade ou diversidade de titularidade dos *patrimônios* lesados, e não em razão dos distintos bens personalíssimos ofendidos. Cf.: Brasil (2018f, 2018d, 2010e).

⁹¹ No mesmo sentido, cf. Pacelli e Callegari (2015, p. 393).

⁹² Citando Biding, Claus Roxin (2014, p. 951) aborda a questão com o seguinte exemplo: “*el causante de un maltrato lo considera terminado, y se aparta del maltratado, pero directamente a continuación se resiente otra vez por la afrenta inferida en su momento por aquél y le vuelve a propinar otros cuantos golpes más*”. Nesse caso, afirma Claus Roxin (*ibidem*, p. 951), embora seja inadequado falar-se em uma vontade única, haveria de se reconhecer a motivação unitária decorrente da situação.

951)⁹³. Deve haver, portanto, como afirma Maiwald (1964, p. 70 ss., 85 ss. *apud* ROXIN, 2014, p. 951), uma “*motivación unitaria provocada por la situación*”.

Consideramos que a aludida “situação motivacional” pode ser compreendida nos mesmos termos com que Eduardo Correia (1996, p. 45) trabalha o conceito de “resolução”⁹⁴, entendido pelo autor como “a determinação de levar a cabo um certo plano”. Segundo Eduardo Correia (1996, p. 45), um plano ou projeto representado pelo agente pode conter a previsão de realização de diversos atos de vontade. No entanto, compreendendo a “resolução” como a determinação de executar um determinado plano, todos esses atos poderão ser considerados unos à luz dessa “resolução” (*ibidem*, p. 45)⁹⁵. Nas palavras de Eduardo Correia (1996, p. 45-46):

Com efeito, a determinação de executar aquele plano tem necessariamente de se estender em comum e ao mesmo tempo a todas as manifestações de vontade nele contidas e, nessa medida, a mesma resolução converte a prática de todos esses actos, de meras representações, em conteúdo de uma só volição.⁹⁶

Assim, nos casos de reiteração da conduta descrita no tipo, é de se reconhecer a unidade delitiva caso haja apenas uma intensificação da lesão ao bem jurídico tutelado, e desde que o evento tenha se originado de uma mesma “resolução” ou “situação motivacional”.

Para além dos casos de repetição da conduta típica, também se estará diante de uma unidade típica de ação “em sentido amplo” quando da realização sucessiva ou continuada do tipo penal (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 767; ROXIN, 2014, p. 953; AISA, 2004, p. 392; ALBERO, 1995, p. 129). Trata-se aqui dos casos em que o autor atravessa distintas e sucessivas etapas de realização do tipo até que alcance o resultado almejado (ROXIN, 2014, p. 953). Quando tais atos são executados conforme o plano previsto e sem interrupção (ex: o autor

⁹³ Em sentido contrário é o posicionamento de Jakobs, para quem “*no cabe suscribir la doctrina que considera suficiente una motivación múltiple, renovada en cada caso, si tiene lugar por el mismo motivo, pues pasa por alto que al cesar la voluntad de la acción (...) concluye el delito, aun cuando poco después de la misma situación pueda surgir una nueva voluntad de acción o disposición a la acción.*” (1997, p. 1.078). Assim, conclui Jakobs que, “*si el autor da por concluida la paliza porque considera que la víctima ya ha tenido suficiente, pero entonces vuelve a enfurecerse y comienza a golpearla, se dan nuevas lesiones*” (*ibidem*, p. 1.078). A posição de Jakobs é também compartilhada por Frederico Horta (2007, p. 59).

⁹⁴ Também nesse sentido, cf. Horta (2007, p. 58).

⁹⁵ Segundo Frederico Horta (2007, p. 58), “essa unidade, que interliga diversos atos, se constitui antes deles, no momento em que o agente decide realizar um intento criminoso ou atuar em desconformidade ao cuidado devido e, conseqüentemente, se verifica a ineficácia da norma quanto à função de determinar seu comportamento.”

⁹⁶ No entanto, não concordamos que a unidade ou pluralidade de crimes possa se determinar a partir da unidade ou pluralidade de resoluções criminosas. Afinal, e como bem apontado por Lobo Moutinho (2005, p. 531), “não se pode admitir que uma pluralidade de resoluções possa determinar, sem mais, a existência duma pluralidade de crimes. Isso é logo evidente naqueles casos em que o agente (...) se deixa “penetrar pelos contra-motivos sociais e ético-jurídicos de forma a, pelo menos transitivamente, desistir de seu desígnio” e depois o retoma, pois de modo nenhum seria compreensível que o agente dovesse ser punido por um só crime em caso de manter o seu desígnio (premeditação), mas já não nestes casos”.

dispara um revólver em direção a alguém, erra o primeiro tiro mas acerta os seguintes), haverá de se reconhecer a unidade delitiva (*ibidem*, p. 953), pois, nesse caso, a tentativa é subsidiária em relação à consumação (AISA, 2004 p. 392), e apenas um “*fragmento del complejo de la realización del tipo*” (MAIWALD, 1964, p. 86 *apud* ROXIN, 2014, p. 954).

Mas há os casos em que, em um momento anterior ao da consumação do delito, há uma ou diversas tentativas falhas⁹⁷ de cometê-lo, levando o agente a abandonar, interromper ou modificar os atos executórios iniciados (AISA, 2004, p. 392-393)⁹⁸. Como exemplo desses casos, pode-se citar aquele em que o agente desfere vários tiros em direção à vítima, mas não a acerta e, sem munição, acaba por matá-la em seguida através de um estrangulamento⁹⁹.

O problema aqui colocado é o de determinar se os atos prévios, caracterizadores das ditas tentativas falhas, devem ser valorados autonomamente em relação aos atos realizadores do delito consumado, ou se todos esses atos poderiam ser reunidos em uma unidade delitiva e, portanto, em uma unidade de ação. No primeiro caso, ter-se-ia a atribuição de dois delitos ao agente (um na modalidade tentada e outro consumado), ao passo que no segundo haveria a imputação de um único delito consumado.

Para este questionamento, a solução apresentada é semelhante àquela da prática reiterada do tipo (ROXIN, 2014, p. 954; AISA, 2004, p. 393), a saber: existente uma estreita conexão espaço-temporal entre os atos, e apenas uma intensificação da lesão ao bem jurídico, haverá unidade delitiva quando os diversos atos tiverem sido praticados com uma motivação unitária, decorrente de uma mesma situação fática (AISA, 2004, p. 392)¹⁰⁰.

Desse modo, existente uma “*unidad situacional y motivacional de los acontecimientos*” (ROXIN, 2014, p. 956), por mais que haja algum intervalo temporal entre os atos caracterizadores da tentativa falha e aqueles realizadores do delito consumado, ainda assim será necessário reconhecer que tais atos representam uma unidade delitiva e que, desse modo, eles se encontram em uma unidade de ação (ROXIN, 2014, p. 955; ALBERO, 1995, p. 130).

⁹⁷ Segundo Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 392), há uma tentativa falha quando “o autor representa a impossibilidade de consumação do fato”.

⁹⁸ Para Estrella Aisa, “*la tentativa fracasa cuando el autor, tras el fracaso del resultado del hecho que se había representado, acepta que no puede consumir el hecho con los medios ya empleados o con otros disponibles sin una cesura temporal, de manera que es necesario un nuevo intento para alcanzar el fin deseado.*” (2004, p. 393).

⁹⁹ Em sentido semelhante, cf.: Albero (1995, p. 131), e Jescheck e Weigend (2002, p. 768).

¹⁰⁰ De maneira semelhante é a lição de Claus Roxin (2014, p. 955-956), que afirma: “*el punto de vista decisivo radica en la identidad de la situación y en la situación motivacional*”.

2.5.3.3. Da identidade dos atos executivos

Os atos executivos são todos aqueles relevantes à realização do tipo penal (AISA, 2004, p. 405). E é justamente a partir da análise de tais atos – junto à consideração da quantidade de realizações típicas – que se poderá enfim identificar a unidade ou pluralidade de ações.

Quando se está diante de uma única realização do tipo (unidade delitiva), todos os atos executivos relevantes ao seu aperfeiçoamento estarão reunidos em uma unidade típica de ação (MEZGER, 1957, p. 368-369). Contudo, ante uma pluralidade de realizações típicas, haverá a unidade de ação – e, por conseguinte, um concurso formal – caso exista uma identidade total ou parcial entre os atos executivos dos tipos realizados (ROXIN, 2014, p. 967; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 775; AISA, 2004, p. 404). Por outro lado, será forçoso o reconhecimento da pluralidade de ações e também do concurso material, quando não houver qualquer coincidência entre os atos executivos dos diversos delitos praticados (JAKOBS, 1997, p. 1.075; AISA, 2004, p. 405).

É importante frisar que o relevante não é a mera simultaneidade dos atos executados (identidade temporal), mas sim a efetiva identidade (total ou parcial) entre eles (ROXIN, 2014, p. 968; AISA, 2004, p. 403)¹⁰¹. Nesse sentido já o assinalava o Tribunal Imperial Alemão (*Reichsgericht*) (RG, 32, pp. 137 e ss. *apud* JAKOBS, 1997, p. 1.075):

Incluso la simultaneidad de la infracción de dos leyes penales no condiciona sin más la identidad de acción, ni excluye la independencia de los actos de ejecución de la voluntad que la crean. Pues la misma persona, para alcanzar distintos fines, puede ejecutar al mismo tiempo actividades corporales absolutamente independientes entre sí; tal relación se da, p. ej., cuando alguien dispara con cada mano a una persona distinta, o cuando alguien injuria a outro mientras le está golpeando, etc. Más bien se requiere que los actos de ejecución de la voluntad, mediante los que se realiza el tipo de las distintas acciones punibles, coincidan, si no completamente, sí en una parte, de modo que al menos una parte de la acción unitaria contribuya a la realización del tipo de ambos delitos.

Deve-se assinalar, aqui, que é amplamente admitido o reconhecimento da unidade de ação ante a identidade *total* dos atos executivos (ROXIN, 2014, p. 966; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866; AISA, 2004, p. 404). Para além disso, entende-se que mesmo a identidade *parcial* entre os atos executivos já é suficiente para o reconhecimento da unidade de ação (WELZEL, 1956, p. 225; JAKOBS, 1997, p. 1.075; ROXIN, 2014, p. 966; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 776; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866). Afinal, se a realização dos diversos tipos (ou de um mesmo tipo várias vezes) não foi alcançada

¹⁰¹ Também nesse sentido é a lição de Gunther Jakobs, para quem “*siempre importa la identidad (parcial) del comportamiento. La mera simultaneidad no fundamenta unidad de acción alguna.*” (1997, p. 1.075).

por atos isolados e autônomos entre si, é de se reconhecer que os delitos não se produziram de maneira independente, mas sim através de uma ação única, o que impõe o reconhecimento da incidência do art. 70 do CP. Entre nós, o reconhecimento da unidade de ação com base na identidade parcial dos atos executivos é defendida por Frederico Horta¹⁰² e Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 402). Um exemplo pode ser esclarecedor: o agente que, conduzindo seu veículo sem a devida permissão para dirigir (art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB), utiliza seu automóvel para atropelar um antigo desafeto (art. 121, do CP), realiza, em concurso formal, os dois crimes aqui indicados, embora os atos executivos de tais delitos sejam apenas parcialmente idênticos. Parece-nos claro, portanto, que a simples identidade parcial dos atos executivos já é suficiente para o reconhecimento da unidade de ação.

A possibilidade de identidade (total ou parcial) entre os atos executivos de algumas classes de delitos, com a caracterização de concurso formal entre eles, apresenta certas peculiaridades. É amplamente admitida a possibilidade de identidade entre os atos executivos de distintos crimes permanentes, desde que haja uma efetiva identidade entre tais atos, e não apenas uma mera simultaneidade (ROXIN, 2014, p. 973; JAKOBS, 1997, p. 1.105; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 778). É o caso, por exemplo, da condução de veículo automotor, sem a licença devida (art. 309 do CTB), e com a capacidade psicomotora alterada em razão do álcool (art. 306 do CTB)¹⁰³. Também é admitida a possibilidade de identidade entre os atos executivos de crimes dolosos e imprudentes (JAKOBS, 1997, p. 1103; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866; AISA, 2004, p. 407), como ocorre, ilustrativamente, quando o autor, ao cometer o crime de dano (art. 163 do CP), acaba por causar lesões corporais culposas (art. 129, §6º, do CP)¹⁰⁴. Mais controvertida é a possibilidade de identidade entre uma conduta omissiva e outra comissiva. Embora admitida por alguns autores (JAKOBS, 1997, p. 1104; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866)¹⁰⁵, rejeitamos essa possibilidade porque a conduta omissiva não se identifica sequer parcialmente com algum ato comissivo¹⁰⁶.

¹⁰² Para Frederico Horta (2007, p. 61), “enquanto restar um único ato comum, pelo qual se ligam a produção de resultados lesivos diversos, o concurso formal estará claramente diferenciado do concurso material, caracterizado, por sua vez, pela absoluta autonomia entre os atos ensejadores de um e outro crime.”

¹⁰³ Em sentido semelhante, cf. Roxin (2014, p. 973).

¹⁰⁴ De modo similar, cf. Jakobs (1997, p. 1.103).

¹⁰⁵ Para Jakobs (1997, p. 1104), “*el que infringe un mandato no sólo al mismo tiempo que una prohibición, sino que en lugar de cumplir el deber no observa una prohibición, comete y omite en unidad de acción, porque en su comportamiento se pone de manifiesto una doble incorrección jurídica.*”

¹⁰⁶ Desse modo se posicionam: Roxin (2014, p. 969), e Jescheck e Weigend (2002, p. 779). Para Claus Roxin (2014, p. 969), “*la omisión no es ningún acto parcial de la acción comisiva.*”

No que se refere à participação, a unidade ou pluralidade de ações do partícipe dependerá da quantidade de realizações típicas produzidas a partir de sua contribuição intelectual ou material (HORTA, 2007, p. 63). Se houver uma unidade delitiva, todos os auxílios serão reunidos em uma unidade de ação (*ibidem*, p. 63). No entanto, se a contribuição resultar em uma multiplicidade delitiva, haverá unidade de ação e, portanto, concurso formal, caso os atos caracterizadores do auxílio aos diversos delitos apresentarem uma identidade ainda que parcial (*ibidem*, p. 63)¹⁰⁷.

Pois bem. Dito que os atos executivos são todos aqueles relevantes à realização do tipo e que, ante uma pluralidade delitiva, há de se reconhecer a unidade de ação caso haja ao menos uma identidade parcial entre os atos materializadores dos diversos tipos praticados, é preciso estabelecer, então, o momento inicial e final da fase em que se admite a coincidência entre os atos executivos de diversos tipos. Em outras palavras: é preciso indicar, dentro do *iter criminis*, quais são os momentos relevantes para se fundamentar a unidade de ação (AISA, 2004, p. 405).

No que diz respeito ao momento inicial, admite-se que a unidade de ação pode ser fundamentada a partir dos atos caracterizadores da tentativa, não sendo possível considerar, para tanto, a fase interna do *iter criminis* (a cogitação) ou mesmo os atos meramente preparatórios (JAKOBS, 1997, p. 1103; AISA, 2004, p. 405-406)¹⁰⁸.

Por outro lado, a doutrina majoritária admite que os atos executivos capazes de fundamentar a unidade de ação podem ter sido praticados já na fase de exaurimento do delito¹⁰⁹, após, portanto, a sua consumação (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 776; AISA, 2004, p. 406)¹¹⁰. Assim, será possível o reconhecimento da unidade de ação, e com ela o concurso formal, quando houver a coincidência (parcial) entre as ações executivas de um delito e aquelas praticadas já no exaurimento de uma outra infração¹¹¹. Como exemplo, Claus Roxin (2014, p.

¹⁰⁷ Assim, afirma Frederico Horta (2007, p. 63), “se pelas mesmas palavras encorajadoras alguém instiga diversas pessoas a traficar drogas, mesmo vindo cada uma a cometer separadamente esse crime, a pluralidade de realizações do tipo não importará numa multiplicação da ação desse partícipe, cuja unidade está fulcrada na identidade do discurso motivador”.

¹⁰⁸ Também nesse sentido afirma Claus Roxin (2014, p. 971): “*la coincidencia de acciones en un estadio anterior a la ejecución no fundamenta aún una coincidencia de las acciones ejecutivas.*”

¹⁰⁹ Para René Ariel Dotti (2018, p. 493), a etapa do exaurimento se caracteriza pela “produção de um resultado lesivo ao bem jurídico após a consumação do delito”. No mesmo sentido, cf. Noronha (2009, p. 108).

¹¹⁰ Segundo Claus Roxin (2014, p. 969), “*la jurisprud. y la op. dom. consiguen una ampliación considerable del concurso ideal debido a que el estadio entre consumación formal y terminación o agotamiento material de un delito se le adjudica a la acción ejecutiva o de ejecución, de forma que las superposiciones parciales de la acción con otros delitos que se produzcan luego fundamentan un concurso ideal.*” Em sentido contrário, cf. Jakobs (1997, p. 1103), para quem “*en estas terminaciones, no se trata de acciones del hecho, sino de objetivaciones de una situación motivacional relevante en el hecho sólo en su expresión subjetiva.*”

¹¹¹ Cf. Estrella Aisa (2004, p. 406): “*Los delitos en los que no coinciden la consumación y la terminación son entendidos por la doctrina como supuestos de unidad de acción, de modo que un solapamiento que sólo se produzca en esta última fase origina concurso ideal.*”

970) aponta o caso em que o autor de um furto conduz embriagado um veículo para assegurar a posse da *res furtiva*¹¹². Para o autor, o reconhecimento da unidade de ação tendo como fundamento um ato executado quando do exaurimento do delito, já após a sua consumação, justifica-se porque “*el aseguramiento del botín forma parte material del hurto y la construcción de la consumación formal significa únicamente un adelantamiento de la punibilidad ilimitada*” (ROXIN, 2014, p. 970)¹¹³.

Muito se discute, na doutrina estrangeira, a respeito do denominado “efeito abraçadeira”, que leva às últimas consequências o critério que afirma existir unidade de ação ante a identidade ao menos parcial dos atos executivos de distintos delitos (AISA, 2004, p. 412). O “efeito abraçadeira”, também denominado “concurso formal por enganche” (HORTA, 2007, p. 61), ocorre quando, embora inexistente qualquer identidade entre os atos executivos de dois delitos, ambos apresentam uma identidade parcial com os atos executivos de uma terceira infração, que acaba por “abraçá-los” em um concurso formal (JAKOBS, 1997, p. 1105; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866; AISA, 2004, p. 413)¹¹⁴. Desse modo, reúne-se em “concurso ideal duas realizações típicas totalmente independentes entre si, desde que ambas guardem identidade parcial com uma terceira, que assume o papel de gancho conector delas todas” (HORTA, 2007, p. 62).

Em uma imagem: um indivíduo que dirige um veículo automotor por uma via pública sem a devida habilitação realiza, de maneira permanente, o delito inscrito no art. 309 do CTB¹¹⁵. Em um determinado momento, visualizando um desafeto seu atravessando a rua, esse indivíduo decide atropelá-lo e, depois de tê-lo feito e de ter se evadido do local, visualiza nesse mesmo trajeto um outro desafeto e também o atropela, causando a ambos lesões corporais graves. Nesse caso, ter-se-ia, pelo “efeito abraçadeira”, uma única conduta, porque, apesar de as duas lesões não apresentarem qualquer identidade entre os seus atos executivos, ambas guardariam uma identidade parcial com os atos concretizadores do delito de trânsito, que se realizou

¹¹² No mesmo sentido, cf.: Jescheck e Weigend (2002, p. 776). É relevante observar a inteira aplicabilidade do exemplo entre nós. Afinal, no REsp n. 1.524.450/RJ, o STJ firmou a tese de que a consumação do furto ocorre com a mera posse de fato da *res furtiva*, sendo prescindível que tal posse seja mansa e pacífica, cf. Brasil (2015f). Em sentido semelhante é o enunciado da Súmula n. 582 do STJ, a respeito do momento consumativo do crime de roubo: “Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.” (cf.: BRASIL, 2016c).

¹¹³ Nesse mesmo sentido, cf. Jescheck e Weigend (2002, p. 768).

¹¹⁴ Segundo Claus Roxin (2014, p. 974), o “efeito abraçadeira” se verifica “*cuando dos acciones separadas en el tiempo y en el espacio, es decir como tales en concurso real, se encuencan cada una por su lado en concurso ideal con un tercer delito aproximadamente igual de grave.*”

¹¹⁵ “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.” (BRASIL, 1997).

permanentemente ao longo de todo o trajeto em que o autor conduzia o veículo. Assim, os atos materializadores do crime de trânsito “enganchariam” ou “abraçariam” todos os atos realizadores das duas lesões corporais graves em uma unidade de conduta, colocando todos os delitos em um concurso formal.

Há, porém, profunda divergência em relação à admissão do efeito de “enganche”¹¹⁶ e, inclusive, quanto à forma com que se deve tratar tal hipótese concursal. A doutrina alemã majoritária considera que o “enganche” somente pode ser admitido caso os delitos autônomos possuam um conteúdo de injusto no máximo similar ao do delito intermediário (ROXIN, 2014, p. 974; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777; JAKOBS, 1997, p. 1.106), pois a culpabilidade do autor pela prática de um ou mais crimes graves não poderia ser reduzida pelo cometimento de um delito menos grave¹¹⁷. Entendemos, no entanto, que não há um fundamento legal que imponha o reconhecimento do “enganche” apenas quando o delito intermediário apresentar uma maior gravidade em relação aos demais (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 867; PRATES, 2015, p. 74)¹¹⁸. Na verdade, aqueles que rejeitam tal possibilidade o fazem com base em uma ausência de isonomia ou de razoabilidade no tratamento consideravelmente mais benéfico a ser conferido pelo reconhecimento do concurso formal (ROXIN, 2014, p. 977; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777)¹¹⁹.

Na Jurisprudência alemã, aliás, entende-se que, se apenas um dos delitos autônomos for mais grave do que o delito unificador, haverá de se reconhecer que a solução oferecida pelo efeito de “enganche” não é desarrazoada, devendo-se admitir a sua incidência (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777; ROXIN, 2014, p. 976).

Ocorre que, entre nós, a alegada ausência de razoabilidade no tratamento mais benéfico ao agente que tenha praticado um delito intermediário menos gravoso é profundamente atenuada por duas peculiaridades da nossa disciplina do concurso formal. A primeira delas é

¹¹⁶ Para Claus Roxin (2014, p. 977), por exemplo, “*la construcción ya desde su punto de partida es problemática y sería mejor abandonarla*”. Também para Jakobs (1997, p. 1107), “*la apreciación de concurso ideal de todos los delitos es, desde luego, una solución equivocada e innecesaria*”. Em sentido oposto, admitindo o “efeito abraçadeira”, cf. Jescheck e Weigend (2002, p. 777).

¹¹⁷ Essa crítica é lançada por Claus Roxin. Segundo o autor (2014, p. 977), “*no se puede llegar a comprender bien por qué el hecho de que añada outro ulterior delito debe descartar el endurecimiento de pena del concurso real.*”

¹¹⁸ Para Estrella Aisa (2004, p. 415), “*no se entiende por qué hay que analizar si el delito que une es más o menos grave que los otros, pues esa distinción no se recoge en los preceptos reguladores del concurso*”. Com efeito, conclui a autora (*ibidem*, p. 415), “*el concurso ideal se basa exclusivamente en la identidad parcial del sustrato fático de los delitos concurrentes y no en el contenido de injusto de los mismos, de ahí que no se explica por qué se introduce ahora un elemento nuevo*”.

¹¹⁹ Nesse sentido, Cuello Contreras (1978, p. 68 *apud* AISA, 2004, p. 414) assevera, que seria absurdo “*otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que además hayan sido realizados en unión de otro menos grave, puesto que entonces desaparece la razón que justifica el trato menos severo del concurso ideal de delitos.*”.

que, em se tratando de crimes praticados com desígnios autônomos, o reconhecimento do concurso formal (impróprio) pelo “enganche” não impediria o cúmulo material das penas dos delitos praticados, retirando, em larga medida, a própria repercussão prática da presente discussão. E a segunda peculiaridade é que, nos demais casos (concurso formal próprio), o reconhecimento do concurso conduzirá, sempre, à aplicação da pena mais grave dos delitos em concurso, sobre a qual incidirá, ainda, uma gravosa causa de aumento, descaracterizando o suposto tratamento desarrazoadamente não isonômico.

Por isso, embora estejamos diante de um problema dos mais complexos¹²⁰, entendemos que a diversidade de sanções impostas aos delitos concorrentes jamais deve interferir na análise da unidade de ação, especialmente à luz da legislação pátria, em que inexistente uma desarrazoabilidade de tratamento hábil a afastar o reconhecimento da unidade de ação por “enganche”.

2.5.3.4. Da unidade de ação nos delitos omissivos e imprudentes

Explicitada a forma com que se deve identificar a unidade ou pluralidade de ações nos delitos comissivos dolosos, podemos enfrentar agora a problemática relacionada à identificação da unidade de ação nos delitos omissivos e também nos imprudentes. Embora com algumas peculiaridades, aplicam-se aos referidos delitos a mesma lógica empregada nos crimes comissivos dolosos (JAKOBS, 1997, p. 1087).

Nos crimes omissivos, a grande dificuldade na identificação de uma unidade de ação reside, com efeito, na ausência de atos que poderiam ser reunidos em uma unidade de ação¹²¹. De todo modo e seguindo a lógica de que a uma realização do tipo associa-se sempre a uma ação (JAKOBS, 1997, p. 1079), tem-se que, ante um único crime omissivo, a inobservância ao dever de agir que o caracteriza dará lugar a uma unidade de ação, isto é, a uma única omissão. No entanto, diante de uma pluralidade de delitos omissivos, haveria unidade de omissão se os mandamentos infringidos somente pudessem ter sido observados através da realização de uma única e mesma conduta (ROXIN, 2014, p. 960; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 769; AISA,

¹²⁰ A dificuldade de se rejeitar o “efeito de enganche”, recorrendo-se então ao concurso material, é bem explicitada por Jakobs (1997, p. 1107): “*al apreciar concurso real parece existir el siguiente dilema: o el delito determinado común se añade en unidad de acción a cada uno de los hechos en pluralidad de acciones, valorándose así inadmisiblemente varias veces, o bien se añade a uno solo de los hechos, quedando sin mencionar entonces la unidad de acción de los otros hechos con este delito*”.

¹²¹ Nesse sentido aponta Claus Roxin (2014, p. 960), para quem, “*en los delitos de omisión surge el problema de que no hay actos individuales, a los que pudiera conectarse una unidad de acción*”.

2004, p. 410)¹²². Por outro lado, se a observância a tais mandamentos pudesse ter sido realizada mediante condutas distintas, então haveria de se reconhecer a pluralidade de omissões (JAKOBS, 1997, p. 1087; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 769; AISA, 2004, p. 410)¹²³.

Nesse sentido, bem o sintetiza Frederico Horta (2007, p. 63):

No concurso de crimes omissivos, ainda de modo mais claro, o caráter unitário da conduta – unidade de omissão, ou de ação em sentido amplo – só pode ser inferido a partir da constatação de que os diversos deveres omitidos pelo autor teriam sido todos cumpridos pelos mesmos atos positivos, e não por atos distintos ou autônomos, ou de que os vários resultados cuja evitação lhe era devida poderiam tê-lo sido evitados pelos mesmos atos de vontade.

A título ilustrativo: o controlador de voo que, podendo e devendo visualizar a interferência de rotas entre duas aeronaves, deixa de perceber e de comunicar a iminente colisão aos seus respectivos pilotos, responde culposamente pelas mortes causadas em concurso formal (isto é: em unidade de omissão), uma vez que o mandamento inobservado somente poderia ter sido cumprido através de uma mesma e única conduta. Por outro lado, haverá pluralidade de condutas omissivas, dando causa a um concurso material, no caso do pai que, verificando um incêndio em sua casa, deixa de socorrer cada um dos seus dois filhos que lá se encontravam, embora pudesse fazê-lo em segurança através de duas condutas de salvamento sucessivas¹²⁴.

Assim, mesmo no que diz respeito aos crimes omissivos próprios, haveria unidade de omissão se os mandatos de ação somente pudessem ter sido cumpridos simultaneamente (ROXIN, 2014, p. 961; PRATES, 2015, p. 69)¹²⁵. Caracterizada a possibilidade de uma observância sucessiva aos distintos mandamentos, existirão tantas omissões quanto forem as ações necessárias ao cumprimento dos mandamentos inobservados (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 769; PRATES, 2015, p. 69).

Por sua vez, no que se refere aos delitos imprudentes, o reconhecimento da unidade ou pluralidade de ações dependerá, também, da análise da unidade ou pluralidade delitiva, ou, em outras palavras, da quantidade de resultados típicos imprudentemente provocados

¹²² No que se refere ao reconhecimento da unidade de omissão, Jakobs aponta, quanto à necessidade de que os distintos mandamentos somente pudessem ter sido observados, necessariamente, através de uma única e mesma conduta, que “*si el autor tiene a disposición para distintos deberes varias posibilidades de evitación que, según la elección del autor, o bien requieren cada una acciones propias, o bien consisten en una única acción que al menos comienza a cumplir todos los deberes, entonces se de pluralidad de hechos.*” (1997, p. 1.087).

¹²³ Por todos, cf. a lição de Claus Roxin (2014, p. 960): “*la jurisprud. en el supuesto principal de las omisiones improprias atende al dato de si diferentes obligaciones de evitar el resultado podrían haber sido cumplidas sólo a través una acción (y entonces unidad de acción) o a través de varias (entonces pluralidad de acciones). Esto es seguido por la doctrina mayoritaria.*”

¹²⁴ Em sentido semelhante, cf. Roxin (2014, p. 960-961).

¹²⁵ No mesmo sentido, Jescheck e Weigend (2002, p.769): “*si en un delito de omisión propia el autor se abstiene simultaneamente de cumplir con varios mandatos de acción, entonces habrá que aceptar una pluralidad de omisiones si pudieron observarse sucesivamente los distintos deberes de intervención.*”

(JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 768; ROXIN, 2014, p. 962; PRATES, 2015, p. 70). Nesse passo, se houver a produção de um único resultado típico (unidade delitiva), haverá de se reconhecer a unidade de ação, por mais que vários deveres objetivos de cuidado tenham sido violados (ROXIN, 2014, p. 962; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 768)¹²⁶. Ou seja: ainda que um motorista tenha desrespeitado o limite de velocidade e a preferência de passagem de uma determinada via, isto é, por mais que tenha inobservado distintos deveres objetivos de cuidado, caracteriza-se um único delito de lesão corporal culposa (art. 303, do CTB) – e, portanto, uma única ação imprudente – caso ele lesione uma só pessoa.

No entanto, se houver uma multiplicidade de resultados típicos (pluralidade delitiva), então o reconhecimento da unidade de ação dependerá da possibilidade de retorno ao cumprimento do mesmo dever objetivo de cuidado violado após cada realização típica (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 768; ROXIN, 2014, p. 962; PRATES, 2015, p. 70; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 394)¹²⁷. Assim, Jescheck e Weigend (2002, p. 768) apontam que haveria unidade de ação imprudente caso um veículo comesse a patinar e seu motorista acabasse causando, sucessivamente, lesões corporais culposas a diversas pessoas¹²⁸. Diferentemente, apontam os autores, se um motorista, por excesso de velocidade, provocasse dois distintos acidentes, haveria a pluralidade de ações imprudentes caso caracterizada a possibilidade de, após o primeiro sinistro, voltar-se a observar a velocidade devida para a via (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 769; ROXIN, 2014, p. 962). É exatamente nesse sentido que Claus Roxin (2014, p. 962) defende que, nesse caso, “*existen varias infracciones de cuidado cuando entre las infracciones individuales existió la posibilidad de un retorno al comportamiento conforme al cuidado debido*”.

2.5.4. Posição adotada

Das reflexões que atrás se deixaram, consideramos que a unidade de ação somente pode ser apreciada com base em um critério jurídico-penal, a saber: à luz do próprio tipo¹²⁹. Nesse passo, a unidade ou pluralidade de ação deve ser aferida através da teoria da unidade típica de

¹²⁶ Segundo Estrella Aisa (2004, p. 408), “*en el caso de delitos imprudentes de resultado se afirma la existencia de una sola acción cuando sólo se há producido un resultado, aunque la producción del resultado se base en una pluralidad de infracciones del deber de cuidado o el comportamiento se extienda durante un largo período de tiempo.*”

¹²⁷ Nas palavras de Estrella Aisa (2004, p. 408), nesse caso, o reconhecimento da unidade de omissão “*depende de si el autor tuvo la posibilidad entre la producción de los resultados individuales de observar el mandato de cuidado.*”

¹²⁸ De modo semelhante, cf. Roxin (2014, p. 962).

¹²⁹ Assim também Mezger (1957, p. 365).

ação, em um procedimento a ser realizado em duas etapas, nos termos explicitados nas linhas anteriores. Em uma primeira etapa, verifica-se a unidade ou pluralidade de delitos efetivamente realizados em um determinando feixe comportamental: se houver uma unidade delitiva, todos os atos penalmente relevantes à sua caracterização estarão reunidos pelo tipo em uma unidade de ação; por outro lado, caracterizada uma pluralidade delitiva, dever-se-á avançar para a etapa seguinte. Nela, deve-se analisar a identidade (total ou parcial) dos atos executivos dos delitos realizados: se houver alguma identidade entre eles, estará configurada a unidade de ação; ausente qualquer identidade entre tais atos executivos, ter-se-á de reconhecer a pluralidade de condutas.

Aliás, e na esteira da doutrina majoritária (ROXIN, 2014, p. 969; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 776; AISA, 2004, p. 406), entendemos que os atos executivos capazes de fundamentar uma identidade de ação são aqueles hábeis a caracterizar o início da tentativa, alcançando até mesmo aqueles que representam o exaurimento do delito.

De modo similar, nos crimes omissivos e imprudentes deverá ser verificada, em primeiro lugar, a unidade ou pluralidade delitiva. Em ambos os casos, haverá uma unidade de ação (ou de omissão) se caracterizada uma unidade delitiva. No entanto, configurada uma pluralidade delitiva, nos crimes omissivos haveria unidade de omissão se os mandamentos infringidos somente pudessem ser observados através da realização de uma única e mesma conduta; ao passo que, nos crimes imprudentes, o reconhecimento da unidade de ação dependerá da possibilidade de retorno ao cumprimento do dever objetivo de cuidado violado.

E assim, explicitados os limites e contornos com que compreendemos a unidade de ação, podemos passar à análise das modalidades com que se manifestam o concurso de crimes¹³⁰ no Direito Penal brasileiro: o concurso formal, material, e a continuidade delitiva.

2.6. Do concurso formal de crimes e o conceito de desígnios autônomos

O concurso formal de crimes, ou concurso ideal, caracteriza-se quando uma só ação realiza vários tipos penais (MEZGER, 1957, p. 374; ROXIN, 2014, p. 941; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 775; GALVÃO, 2013, p. 836). Se os tipos concretizados forem distintos, tem-se o concurso formal heterogêneo; se iguais, dá-se o concurso formal homogêneo (ROXIN, 2014, p. 941; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 775; HORTA, 2007, p. 4; GALVÃO, 2013,

¹³⁰ Concordamos inteiramente com a afirmação de Estrella Aisa (2004, p. 69), para quem o “*concurso de delitos se caracteriza por la necesidad de tener en cuenta varios de los preceptos o figuras concurrentes para poder captar de forma exhaustiva el desvalor jurídico-penal del suceso concreto*”.

p. 836). São dois, portanto, os pressupostos dessa modalidade concursal: uma só ação e uma pluralidade delitiva (MEZGER, 1957, p. 376; ROXIN, 2014, p. 941).

Em relação ao pressuposto da unidade de ação, o seu reconhecimento não depende de uma identidade total entre os atos executivos dos tipos realizados, bastando uma coincidência parcial entre tais atos nos termos com que já tratado em tópicos anteriores. Por sua vez, a pluralidade delitiva deve ser efetiva, isto é, os tipos não devem ser apenas aparentemente aplicáveis ao caso, mas realmente incidentes (MEZGER, 1957, p. 379; AISA, 2004, p. 60) – daí falar-se, aqui, em um “concurso autêntico de normas penais incriminadoras” (HORTA, 2007, p. 4).

No concurso formal de delitos, embora incidam, sobre uma mesma ação, uma pluralidade de normas penais incriminadoras, não há qualquer violação à proibição *non bis in idem* (*ibidem*, p. 84). É que, como bem ressaltado por Frederico Horta (*ibidem*, p. 84), “o que fica vedado, segundo tal princípio, é a múltipla consideração de um mesmo aspecto jurídico do fato, isto é, a múltipla consideração de um mesmo conteúdo de injusto”, e não a dupla valoração da ação, que, apesar de única, pode ser responsável por realizar uma pluralidade de injustos (“fatos”). Nas palavras do autor (*ibidem*, p. 68):

O desvalor jurídico penal recai, pois, não exatamente sobre a ação, entendida como o conjunto de atos de vontade suportantes da realização de um ou mais tipos de delito, mas sobre cada uma dessas realizações – fatos – que são as causações tipicamente relevantes de ofensa a um ou mais bens jurídicos. Portanto, a proibição do *non bis in idem* na aplicação da norma penal não se restringe à proibição de se considerar mais de uma vez o desvalor de uma única ação, mas sim com a proibição da múltipla consideração de um mesmo fato.

No que se refere à natureza dos crimes que podem participar de um concurso formal, entendemos, como já abordado acima, que podem concorrer idealmente todos os delitos que possam ser praticados em uma unidade de ação. Nesse passo, é possível o concurso formal entre delitos permanentes (ROXIN, 2014, p. 973; JAKOBS, 1997, p. 1.105; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 778), culposos (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 768; ROXIN, 2014, p. 962; GALVÃO, 2013, p. 837) e omissivos (ROXIN, 2014, p. 961; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 769), assim como entre crimes dolosos e imprudentes (JAKOBS, 1997, p. 1103; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 777; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 866). Aceitamos, também, a possibilidade de um concurso formal por “enganche”, mas já não admitimos o concurso formal entre delitos comissivos e omissivos¹³¹.

¹³¹ Assim também: Roxin (2014, p. 969), e Jescheck e Weigend (2002, p. 779).

Dentre os países que atribuem consequências jurídicas distintas ao concurso material e formal de delitos (modelo dualista), inexistente uma uniformidade no tratamento dispensado ao concurso formal. Na Alemanha, o concurso formal homogêneo é regido pela regra da absorção, segundo a qual aplica-se uma única pena ao autor; por sua vez, o concurso formal heterogêneo é norteador pelo princípio da combinação, no qual a pena a ser aplicada passa a variar entre a cominação mínima e máxima mais graves dos delitos realizados (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 779-780)¹³². Na Espanha¹³³ e na Itália¹³⁴, por outro lado, o concurso formal é regido pela regra da absorção com exasperação da pena, enquanto na Argentina segue-se o modelo da absorção¹³⁵.

No Brasil, o concurso formal recebeu um tratamento duplo: se os delitos praticados não resultarem de desígnios autônomos, ter-se-á o concurso formal próprio, que, seguindo a regra da exasperação (SANTOS, 2010, p. 403)¹³⁶, conduz à aplicação da pena mais grave dos delitos em concurso, porém aumentada de 1/6 até metade (art. 70, primeira parte, do CP), não podendo esta pena ultrapassar aquela que seria cabível pela cumulação entre as penas das infrações (art. 70, Parágrafo único, do CP)¹³⁷. No entanto, se os delitos praticados forem dolosos e resultarem de desígnios autônomos, caracterizar-se-á o concurso formal impróprio, regido pelo sistema do cúmulo material ou aritmético (SANTOS, 2010, p. 404) das penas dos delitos em concurso (art. 70, segunda parte, do CP) (PRADO, 2014, p. 600; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 622; GALVÃO, 2013, p. 837). Em todo caso, as penas de multa de cada um dos delitos em concurso formal (próprio ou impróprio) são aplicadas distinta e integralmente (art. 72 do CP).

E assim postas as coisas, bem se vê que a distinção entre o concurso formal próprio e impróprio passa pelo reconhecimento, no caso concreto, da existência (ou não) de desígnios autônomos. Cumpre aclarar, então, o que seriam os tais desígnios. Para Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2009, p. 623), a referida “disposição legal é uma das mais obscuras do Código”, embora afirmem os autores que, “historicamente, não pairam dúvidas de que o

¹³² Assim dispõe o §52 do Código Penal Alemão, segundo traduz Luiz Regis Prado (2014, p. 595-596): “§52. *Unidad de hecho. (1) Si se quebranta con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena. (2) Si se quebrantan varias leyes penales, entonces la pena se terminará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables.*”

¹³³ Vide Art. 77 do Código Penal Espanhol. Cf. Espanha (1995b).

¹³⁴ Vide Art. 81 do Código Penal Italiano. Cf. Itália (2016).

¹³⁵ Vide Art. 54 do Código Penal Argentino: “Art. 54. - *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*” (ARGENTINA, 1984).

¹³⁶ Embora no concurso formal próprio seja aplicada apenas a pena mais grave, aumentada de 1/6 até metade, o STJ entende que “a pena deverá ser fixada distintamente para cada um dos delitos, realizando-se, em seguida, o aumento previsto pelo art. 70, do CP.” (BRASIL, 2009a).

¹³⁷ Segundo a remansosa jurisprudência do STJ, o aumento decorrente do concurso formal próprio tem como critério o número de delitos praticados. Nesse sentido, a título ilustrativo, cf. Brasil (2016b).

alvo do legislador foi alcançar os casos de pluralidade de resultados morte no homicídio doloso, ou seja, no chamado ‘concurso formal homogêneo’” (*Ibidem*, p. 623)¹³⁸.

A disposição em comento foi inspirada no Código Penal Italiano, mais precisamente no art. 81 do Código Rocco, influenciado, por sua vez, pela obra de Carrara (CORREIA, 1996, p. 169). Naquele diploma legislativo, adotou-se o conceito de “unidade de desígnio” como uma exigência ao reconhecimento da continuidade delitiva (*ibidem*, p. 169). E é justamente a partir do conceito de “unidade de desígnio” que se alcançaria a compreensão sobre o que seriam os “desígnios autônomos”¹³⁹.

Felipe Prates aponta que, para Carrara, “o termo desígnio era referente a um ‘dolo genérico’, próprio de um ‘programa criminoso’ estabelecido pelo agente, conglobante de distintos crimes praticados com a resolução/dolo (consciência e vontade) que acompanha cada crime individualmente” (2015, p. 83-84). Por sua vez, Mantovani (2001, p. 511-512 *apud* HORTA, 2007, p. 53) aponta que, para haver a unidade de desígnios, seria “necessária e suficiente a inicial programação e deliberação, genérica, de se realizar uma pluralidade de crimes, em vista da obtenção de um único fim prefixado suficientemente específico”¹⁴⁰. Sob essa concepção, diz Frederico Horta (2007, p. 53), o cometimento voluntário de diversos tipos poderia ser visto “como a realização de um mesmo desígnio, desde que os diversos resultados criminosos, segundo o plano do agente, estejam entrelaçados a um único crime-fim, como meios necessários ou consequências colaterais prováveis de sua implementação”.

Ocorre que, mesmo na Itália, há enorme dificuldade na delimitação do conceito de unidade de desígnios (NORONHA, 2009, p. 271), levando Eduardo Correia (1996, p. 170) a afirmar, inclusive, que “é mesmo raro encontrar maior desorientação perante um problema do que a revelada aqui pela ciência italiana”.

Infelizmente, porém, a desorientação em comento não se trata de uma peculiaridade da ciência italiana, na medida em que, a nosso juízo, também a doutrina brasileira ainda não alcançou uma conceituação clara e precisa quanto ao que seriam os desígnios autônomos. Para Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 349), caracterizam-se os desígnios autônomos quando há uma “vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins”. De modo semelhante, Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 399) apontam que desígnios autônomos “significa

¹³⁸ No mesmo sentido, cf. Prates (2015, 84).

¹³⁹ Para Roberto Lyra (1955, p. 417), “a noção de unidade de desígnio formulada por Carrara e constante da definição de crime continuado no Código Italiano vigente (art. 81, 2ª parte) fornece, negativamente, a de autonomia.”

¹⁴⁰ Nas palavras do autor (MANTOVANI, 2001, p. 511-512 *apud* HORTA, 2007, p. 53): “*Per aversi il mesimo disegno criminoso è necessaria e sufficiente la iniziale programmazione e deliberazione, generiche, di compiere una pluralità di reati, in vista del conseguimento di un unico fine prefissato sufficientemente specifico*”.

autonomia dos resultados desejados, produzidos segundo a vontade prévia e deliberada do agente”. Fernando Galvão (2013, p. 837), por sua vez, identifica os desígnios autônomos quando “os dois ou mais crimes decorrerem de intenções distintas”. Já para Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 787), haverá unidade de desígnios quando a “unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso”, e dar-se-ão os desígnios autônomos quando “o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles”¹⁴¹.

Tem-se assim, em síntese, duas grandes correntes a respeito do conceito de desígnios autônomos: uma primeira, que se limita a tomar os “desígnios” como equivalentes ao dolo, e uma segunda, que enxerga os desígnios autônomos apenas quando não houver uma “unidade de plano”.

Questão de enorme relevância prática diz respeito ao alcance dos desígnios autônomos em relação ao dolo, isto é, quais modalidades de dolo os desígnios abarcariam? A doutrina majoritária admite que os desígnios autônomos alcançariam o dolo direto (seja ele de primeiro ou segundo grau), mas há profunda divergência quanto à possibilidade de o dolo eventual vir a ser abarcado pelos desígnios autônomos. Heleno Cláudio Frago (2006, p. 349), por entender que os desígnios representam a “vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins”, considera que “a expressão desígnio exclui o dolo eventual”. No mesmo sentido se manifestam Paulo José da Costa Júnior e Fernando Costa (2010, p. 268) por reputarem que a autonomia dos desígnios é inadmitida nos crimes culposos ou de dolo eventual. Guilherme Nucci, por outro lado, considera que os desígnios autônomos representam “qualquer forma de dolo, seja direto ou eventual” (2014, p. 492).

Embora o sistema processual brasileiro dificulte, em larga medida, a obtenção de manifestações de nossos Tribunais Superiores a respeito do que seriam os desígnios autônomos (muito em razão dos entendimentos firmados na Súmula n. 283/STF¹⁴² e Súmula n. 07/STJ¹⁴³), firmou-se sólido entendimento jurisprudencial no sentido de que os desígnios autônomos alcançariam qualquer espécie de dolo, inclusive em sua modalidade eventual¹⁴⁴. Concordamos

¹⁴¹ De maneira semelhante, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2018, p. 313) apontam que ter-se-ão desígnios autônomos quando o agente atua “desejando vários resultados”.

¹⁴² Confirma o teor da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos êles.” (BRASIL, 1963).

¹⁴³ Confirma o teor da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL, 1990a).

¹⁴⁴ Nesse sentido, entre outros inúmeros julgados, cf. (Brasil, 1996b, 2012d).

que os desígnios autônomos abrangem qualquer modalidade de dolo, mas, sem embargo disso, não nos parece correto tomar os “desígnios” como um conceito equivalente ao de dolo.

Como já visto acima, os desígnios autônomos são enxergados, em linhas gerais, ou como um conceito equivalente ao de dolo (ainda que ao menos em sua modalidade direta), ou como a expressão da ausência, por trás de diversas condutas criminosas, de uma unidade de “plano”, “projeto” ou “finalidade”. Entendemos, porém, que as duas compreensões apresentam algumas graves inconsistências, revelando-se ambas incapazes de conceituar de maneira precisa o conceito aqui analisado. Para vê-lo, é importante analisar, ainda que sucintamente, a forma com que a jurisprudência brasileira tem enfrentado a matéria relativa aos desígnios autônomos, mesmo porque a referência aos desígnios autônomos no âmbito do concurso formal diz respeito a uma verdadeira peculiaridade nacional.

Na jurisprudência, colhem-se julgados admitindo o concurso formal próprio em relação: ao roubo praticado contra vítimas distintas em um mesmo contexto (BRASIL, 2014a, 2014e), a lesões corporais (dolosas) gravíssima, grave e leve (BRASIL, 2017g), a distintos crimes de receptação (BRASIL, 2018e), à receptação e corrupção de menores (BRASIL, 2017i, 2012c), ao roubo e corrupção de menores (BRASIL, 2010d), ao porte ilegal de arma de uso permitido com porte de arma de uso proibido (BRASIL, 2016a), à evasão de divisas e crime tributário (BRASIL, 2015c), à gestão fraudulenta e evasão de divisas (BRASIL, 2012e), ao crime de usurpação de matéria-prima pertencente à União (art. 2º, da Lei 8.176/91) com o de extração de recursos minerais sem a competente autorização (art. 55 da Lei n. 9.605/98) (BRASIL, 2019g). Em todos esses casos, o concurso formal próprio foi admitido em relação a crimes que só podem ser praticados se houver dolo em relação a cada um deles.

Por outro lado, jurisprudencialmente encontram-se julgados admitindo o concurso formal impróprio em relação: a homicídios dolosos (BRASIL, 2017l, 2014f, 2018g), a latrocínios contra pessoas distintas (BRASIL, 2017e, 2015b, 2015d), e até mesmo entre graves ameaças efetuadas através de uma única carta, mas de maneira individualizada a distintos agentes penitenciários (BRASIL, 2010a).

O que se observa dos julgados em comento é que, não só o concurso formal impróprio, mas inclusive o concurso formal próprio, podem ser – e frequentemente o são – admitidos em casos nos quais o agente atua com dolo direto em relação a cada um dos delitos que figuram no concurso. Isso revela, antes de mais nada, que o conceito de “desígnios” não pode ser equivalente ao de dolo, e nem mesmo ao de “propósito”, “intenção” ou “consciência e vontade em relação” aos diversos crimes. Afinal, fosse assim, sempre que o agente, mediante uma só ação, praticasse dois ou mais crimes dolosos, ante a diversidade de suas “intenções”,

“propósitos”, “dolos” ou “vontades” em relação a cada um dos crimes, necessariamente haveria de se reconhecer a caracterização dos “desígnios autônomos” e, com eles, o concurso formal imperfeito (art. 70, segunda parte, do CP). Ou seja: sob essa configuração, o concurso formal próprio jamais poderia ocorrer entre dois crimes de dolo direto, restringindo-se ao concurso entre crimes culposos, dolosos e culposos ou, para aqueles que limitam os “desígnios” ao dolo direto, entre delitos de dolo direto e eventual.

Mas não é assim que as coisas acontecem. Pelo contrário: em inúmeros casos, como explicitado acima, não se reconhecem os “desígnios autônomos” e admite-se o concurso formal próprio mesmo diante de crimes praticados, cada um deles, com dolo direto (isto é, com “propósitos”, “intenções”, “dolos” ou “vontades” distintas). Definitivamente, portanto, não é possível considerar o conceito de “desígnios autônomos” como equivalente ao de uma diversidade de dolos, como “propósitos” ou “intenções” específicas, ou mesmo como “consciência e vontade em relação” a cada um dos crimes.

E isto é assim porque o concurso formal impróprio não se perfaz com a mera *pluralidade* ou *diversidade* de desígnios, mas sim com a efetiva *autonomia* deles. Desígnios diversos até podem ser autônomos, conduzindo ao reconhecimento do concurso formal imperfeito; mas a mera diversidade dos desígnios nem sempre implica na sua autonomia e, nesses casos, haverá unicamente a caracterização do concurso formal próprio. Ao que nos parece, é justamente aqui o ponto em que erram as teorias que tomam os desígnios autônomos como um conceito equivalente ao de uma pluralidade de dolos. Entendemos, então, que as teorias que buscam enxergar os “desígnios autônomos” como um conceito correspondente ao de dolos distintos, ou mesmo como “consciência e vontade em relação” a cada um dos crimes, falham, precisamente, por não esclarecerem a razão pela qual se reconhece o concurso formal próprio – e não o impróprio –, mesmo diante de delitos praticados com dolo direto, isto é, com “consciência e vontade” em relação a cada um dos crimes ali concorrentes.

Pois bem. Inspirada na doutrina italiana, há, ainda, uma segunda corrente que busca explicar a natureza dos “desígnios autônomos”. A corrente aqui analisada tem o mérito de compatibilizar a existência de dolos distintos com o reconhecimento do concurso formal próprio, na medida em que compreende haver um desígnio comum quando, ante uma pluralidade de propósitos criminosos, esses resultarem de uma unidade de “ideação”, “plano” ou “projeto”, isto é, quando os diversos propósitos estiverem relacionados à consecução de um único fim¹⁴⁵. Entre nós, aproxima-se dessa corrente Heleno Cláudio Frago (2006, p. 446),

¹⁴⁵ Como bem informado por Eduardo Correia (1996, p. 169-170), nesse sentido caminham, entre outros, Carnelutti, Manzini e Marisco.

que entende caracterizados os “desígnios autônomos” somente quando houver uma “vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins”.

Mas essa explicação também não convence. Primeiro, porque quando se está diante de crimes dolosos, não se vislumbra qualquer razão para se conferir à unidade ou pluralidade de planos do agente uma tamanha importância, suficiente até mesmo a atrair ou a afastar consequências jurídicas consideravelmente distintas (CORREIA, 1996, p. 115). É o que bem aponta Eduardo Correia (*ibidem*, p. 115), com enorme perplexidade, a respeito do tratamento dispensado pelo legislador brasileiro à matéria:

Autônomo ou não o desígnio – e a muitas dúvidas há de dar lugar a determinação do que por tal deva entender-se -, sempre o agente vence de uma só vez os contra-motivos éticos-jurídicos ligados à representação de cada um dos crimes a que a sua única actividade dá lugar. De resto, mal se vê em que é que a circunstância de um desígnio comum presidir à prática de vários crimes, no sentido de todos eles terem raiz num mesmo instinto, num único impulso psíquico ou num mesmo interesse, possa diminuir a culpa do agente. Pois não agravará até a culpa de A a circunstância de matar B e C para desse modo se tornar o único herdeiro de D, ou de atentar contra a honra de B e C para se vingar do pai de ambos, seu inimigo? Depois, um desígnio comum tanto pode iluminar a prática de uma pluralidade de violações através de uma só conduta como através de várias, e é por isso absurdo apoiar sobre o fundamento da autonomia dos desígnios do agente a distinção referida entre concurso real e ideal.

No entanto, há, ainda, um segundo argumento a justificar a impossibilidade de se admitir a tese de que haveria um mesmo desígnio quando os diversos propósitos estivessem vinculados a um único “plano”, “projeto” ou “finalidade”. É que, como já adiantado no trecho acima explicitado, não nos parece admissível, pelas mais variadas razões de direito e justiça, um concurso formal próprio entre dois homicídios cometidos com dolo direto tão somente porque praticados à luz de um mesmo “plano”, “projeto” ou “finalidade”.

Mas sem embargo disso, a corrente que sustenta existir um mesmo desígnio sempre que houver uma unidade de “plano” ou “finalidade” não oferece, em absoluto, qualquer resposta que justifique o tratamento dispensado a tais casos, em que, apesar de presente a unidade de “plano”, são reconhecidos os desígnios autônomos e, com eles, o concurso formal impróprio. Na verdade, segundo a referida corrente, o caminho a ser seguido seria justamente o oposto: ante a unidade de “plano”, haveria de se reconhecer um desígnio comum e, por conseguinte, o inaceitável concurso formal próprio entre homicídios praticados com dolos diretos. E assim postas as coisas, logo se vê que é deficiente, também, a corrente que busca identificar os desígnios autônomos a partir da inexistência da unidade de “plano”, “projeto” ou “finalidade”.

De tudo quanto se disse, entendemos que o conceito de “desígnios autônomos” não é correspondente ou equivalente ao conceito de uma diversidade de dolos, “propósitos” ou “intenções”, e que a autonomia dos desígnios tampouco pode ser explicada através da unidade

ou pluralidade de “planos” ou “finalidades” do agente. Nesse quadro, embora seja dos temas mais tormentosos do Direito Penal brasileiro, e um daqueles que mais abre espaço ao arbítrio, é preciso – por isso mesmo e com redobradas razões – ao menos buscar uma maior e melhor compreensão a respeito do conceito de “desígnios autônomos”.

Para tanto, o caminho por trilhar certamente será longo. De nossa parte, porém, cabe apenas assinalar que, segundo compreendemos, o conceito de “desígnios autônomos” expressa a existência de deliberações significativamente distintas. Desígnios correspondem às deliberações, e somente quando tais deliberações forem significativamente distintas haverá o aperfeiçoamento dos desígnios autônomos. É que, enquanto as deliberações meramente diversas se limitam a constituir desígnios distintos – não afastando, portanto, o concurso formal próprio –, são as deliberações *significativamente* (ou consideravelmente) distintas que caracterizam a autonomia dos desígnios.

Sabe-se que, em um concurso formal, o processo decisório pelo cometimento dos diversos crimes ocorre a um só tempo (CORREIA, 1996, p. 115). Contudo, ao se decidir pela prática de uma pluralidade de delitos, o agente supera contramotivos ético-jurídicos distintos, relativos a cada uma das infrações penais a serem realizadas. Ocorre que, em alguns casos, há determinadas formas de ofensas a certos bens que reclamam, contundentemente, que o autor volte a determinar a sua conduta conforme a lei (notadamente em se tratando de ofensas intensas a bens jurídicos personalíssimos), deixando de causar outras lesões para além daquelas que ele já decidiu ou cogita provocar. O que se tem aqui, então, é um expressivo e veemente chamado do Direito para que o agente, embora já decidido a causar uma certa ofensa, deixe de provocar uma outra forma de lesão a um determinado bem. E se, a despeito desse novo e incisivo chamado do Direito, o autor ainda assim novamente o negar, é o mesmo que o tivesse negado por duas vezes, porque tomadas duas deliberações significativamente distintas, isto é: porque superados contramotivos ético-jurídicos consideravelmente *relevantes* ou *diversos* entre si.

Por este motivo, entendemos que ocorrem as deliberações significativamente distintas quando o autor, embora em um único processo decisório, supera, em relação a cada um dos delitos, contramotivos ético-jurídicos consideravelmente *relevantes* ou *diversos* entre si. Ou seja: a autonomia dos desígnios reside na significativa *relevância* ou *diversidade* dos contramotivos ético-jurídicos negados pelo agente quando da deliberação de cada uma das realizações típicas. Por conseguinte, se os contramotivos de cada um dos delitos não forem consideravelmente relevantes ou diversos entre si, haverá de se reconhecer que os desígnios não são autônomos, isto é, não resultam de deliberações significativamente distintas entre si. É

preciso compreender, então, como se poderia analisar a significativa relevância ou diversidade dos contramotivos ético-jurídicos relacionados a cada uma das infrações.

A significativa *relevância* dos contramotivos ético-jurídicos deve ser aferida caso a caso, conforme a *importância* dos bens afetados e a *intensidade* da lesão que se lhes pretendeu causar. Assim, se o agente decide realizar uma pluralidade de delitos que apresentam, cada um deles, contramotivos ético-jurídicos consideravelmente *relevantes*, haverá de se reconhecer as deliberações significativamente distintas e, conseqüentemente, os desígnios autônomos. Aliás, é justamente isso o que acontece quando o autor decide matar, de uma só vez, duas pessoas: nesse caso, cada um dos delitos pretendidos apresenta contramotivos ético-jurídicos significativamente relevantes, dada a enorme importância dos bens jurídicos que se pretende gravemente lesionar. E em tais situações, por mais que “os diversos resultados criminosos, segundo o plano do agente, estejam entrelaçados a um único crime-fim” (HORTA, 2007, p. 53), ainda assim não se poderia, segundo entendemos, reconhecer um concurso formal próprio entre dois homicídios praticados com dolo direto.

Por sua vez, a significativa *diversidade* dos contramotivos ético-jurídicos também deve ser aferida caso a caso, à luz não só da *importância* dos bens jurídicos afetados, mas, especialmente nesse caso, a partir da *titularidade* dos bens e da *intensidade* da lesão que se lhes pretendeu causar. Há situações em que, apesar de o agente decidir lesionar bens jurídicos que não apresentam, por si só, uma extraordinária relevância, ele os lesiona de uma maneira consideravelmente intensa, ou de um modo consideravelmente diverso, revelando que o autor teve de superar contramotivos significativamente distintos (ou singulares) quando da deliberação pela prática de cada um dos delitos.

Nesse passo, se o autor decide realizar uma pluralidade de crimes que apresentam, cada um deles, contramotivos ético-jurídicos significativamente diversos ou singulares, haverá de se reconhecer as deliberações significativamente distintas e, por conseguinte, os desígnios autônomos. É o que se dá, comumente, quando de determinadas lesões a bens jurídicos altamente personalíssimos (liberdade individual, honra etc.) de titularidades diversas. No famoso exemplo de Basileu Garcia (2008, p. 140), no qual se sustenta inexistir desígnios autônomos na conduta daquele que ofende a honra de uma pluralidade de pessoas chamando-lhes de “patifes!”, o que se verifica, na verdade, é que, em relação a cada um dos ofendidos, não houve uma significativa relevância ou diversidade entre os contramotivos ético-jurídicos superados pelo autor, razão pela qual as suas deliberações não são consideravelmente singulares ou distintas entre si. É diferente, porém, do agente que, através de uma carta, lança graves ameaças a determinados e específicos agentes penitenciários (e não a uma generalidade

indeterminada desses), pois, aqui, ao se decidir pela prática da ameaça a cada um deles, o autor teve de superar contramotivos significativamente diversos (ou singulares), dada a intensidade e diversidade de titularidade dos bens ofendidos.

Bem se sabe que, por vezes, o agente decide adotar uma conduta única, que realiza múltiplos tipos penais, contrariando e insurgindo-se contra o direito de uma só vez, em um só momento. Mas, mesmo quando o autor delibera por insurgir-se contra o direito, há determinadas lesões a certos bens, que apresentam uma significativa relevância ou diversidade em relação àquelas que ele já decidiu ou cogita provocar, a ponto de tais bens imporem contramotivos ético-jurídicos que reclamam, contundentemente, que o autor volte a determinar a sua conduta conforme a lei.

Assim, a significativa relevância ou diversidade dos bens a serem lesados, aliado à intensidade de tais lesões, impõem ao autor um reiterado reclame de observância ao direito. No entanto, se ante o reiterado chamado do direito o agente ainda assim opta por negá-lo, é o mesmo que tivesse decidido por contrariá-lo duas vezes, porque negado o direito através de duas deliberações significativamente distintas, isto é, com desígnios autônomos. E, com efeito, não nos parece haver razão para se conferir o benéfico tratamento do concurso formal próprio àquele que contraria o ordenamento jurídico através de deliberações significativamente distintas, tão só porque externadas essas deliberações em uma só conduta.

Ante o exposto, entendemos que existirão “desígnios autônomos” quando caracterizadas deliberações significativamente distintas em relação a cada um dos crimes realizados. É certo que, mesmo sob essa concepção, há ainda enorme margem ao arbítrio, mas, de todo modo, pensamos ser uma compreensão menos arbitrária do que aquelas empregadas atualmente.

2.7. Do concurso material de crimes

Segundo disposto no art. 69 do CP, dá-se o concurso material de crimes “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”, aplicando-se cumulativamente as penas dos delitos praticados (regra do cúmulo material ou aritmético) (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 395; PRADO, 2014, p. 601). Há, nesse caso, uma pluralidade de condutas e de crimes, sem que haja uma relação de continuidade entre eles. Embora não vejamos repercussão prática na distinção, a doutrina classifica o concurso material em homogêneo, quando os crimes praticados são os mesmos, e em heterogêneo, quando os delitos realizados são distintos (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 397; BITENCOURT, 2013, p. 787; PRADO, 2014, p. 601).

Na Alemanha, o concurso material se configura unicamente naqueles casos em que os diversos delitos são objeto de um mesmo processo, mas essa regra é relativizada pela possibilidade de posterior formação de uma pena conjunta global (ROXIN, 2014, p. 981). Na Espanha, também, o concurso material somente é reconhecido quando os crimes estejam sendo apurados em um mesmo processo (PRATES, 2015, p. 26)¹⁴⁶. No Brasil, contudo, estabeleceu-se o trânsito em julgado da sentença condenatória como o marco até o qual se pode admitir o concurso material, pois, a partir desse momento, a eventual prática de outro delito dará lugar não a um concurso material, mas sim à reincidência (PRATES, 2015, p. 26; PRADO, 2014, p. 601) – art. 63, do CP¹⁴⁷.

2.8. Do crime continuado

Nos termos do art. 71, do Código Penal brasileiro, caracteriza-se o crime continuado “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. São requisitos essenciais da continuidade delitiva, portanto, a pluralidade de crimes e de ações (GALVÃO, 2013, p. 839). O dispositivo em comento determina ainda que, se as penas dos crimes praticados forem distintas, deve-se aplicar a mais grave delas, e, se idênticas, a pena de um só dos crimes, mas, em ambos os casos, a pena deverá ser aumentada de um sexto a dois terços.

A origem do instituto remonta aos práticos italianos, que o sistematizaram, segundo Cláudio Heleno Fragoso (2006, p. 447), “visando mitigar as penas do furto, que, praticado pela terceira vez, implicava na morte pela força”¹⁴⁸. Na Alemanha, o crime continuado, embora não previsto em lei, foi largamente reconhecido e aplicado pelos Tribunais (JAKOBS, 1997, p. 1091), não sem alguma crítica doutrinária¹⁴⁹. Na Espanha, por sua vez, onde se exige um requisito subjetivo (“*ejecución de un plan preconcebido*”), o instituto encontra abrigo no art. 74 do Código Penal Espanhol (ROSAL; ANTÓN, 1999, p.785), ao passo que, na Itália, prevê-

¹⁴⁶ Por todos, cf. Estrella Aisa (2004, p. 57), para quem: “*la situación concursal aparece cuando dentro de un mismo proceso el comportamiento de un sujeto es susceptible de ser calificado conforme a diversos preceptos penales.*”

¹⁴⁷ Em sentido ainda mais restrito, Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 396) sustentam que “o concurso material de crimes somente será aplicado – evitando-se a reincidência, por exemplo – quando houver (e apenas em relação ao) julgamento *simultâneo* de infrações penais”.

¹⁴⁸ No mesmo sentido: Rosal e Antón (1999, p. 781) e Prado (2014, p. 605).

¹⁴⁹ Criticando o instituto da continuidade delitiva, cf. Jakobs (1997, p. 1.098); Roxin (2014, p. 1.027).

se o crime continuado no art. 81 do Código Penal Italiano, onde se requer a presença de um mesmo desígnio criminoso (CORREIA, 1996, p. 168-169).

No crime continuado, o agente pratica várias ações que, por si só, já seriam (cada uma delas) criminosas (GALVÃO, 2013, p. 839). É preciso esclarecer, então, se essa pluralidade de condutas criminosas constitui um crime único ou se, na verdade, caracterizam uma pluralidade de crimes tratados de maneira uniforme pela lei. Para a “teoria da unidade real”, em um crime continuado, as diversas ações delituosas configuram efetivamente um só crime, isto é, um delito único (PIMENTEL, 1969, p. 77-78). Já para a “teoria da unidade jurídica”, o crime continuado não se trataria de uma mera ficção legal, mas sim de uma efetiva realidade jurídica, razão pela qual as variadas condutas criminosas não constituiriam nem uma unidade e tampouco uma pluralidade de delitos, mas sim uma terceira categoria: o “crime de concurso” (*ibidem*, p. 79). Por sua vez, a “teoria da ficção jurídica”, adotada pelo Código Penal brasileiro, sustenta que o crime continuado representa uma ficção jurídica, e tal ficção é que caracterizaria a unidade do crime (*ibidem*, p. 70). No Brasil, contudo, adotou-se a teoria da ficção jurídica exclusivamente para fins de aplicação da pena (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 402; BITENCOURT, 2013, p. 789)¹⁵⁰.

A forma de aferição do crime continuado passa, basicamente, por três teorias: a subjetiva, a objetiva-subjetiva, e a objetiva (PIMENTEL, 1969, p. 91-92). Para a primeira dessas teorias, o que importa na caracterização do crime continuado é, tão somente, o elemento subjetivo que anima a conduta do autor, consistente na unidade de desígnio ou propósito (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 402; BITENCOURT, 2013, p. 790). Não se atribui, aqui, qualquer relevância ao aspecto objetivo do seu comportamento (BITENCOURT, 2013, p. 790). A teoria objetiva-subjetiva¹⁵¹, por sua vez, para além de exigir uma unidade de desígnio, isto é, um “*dolo global que debe comprender el resultado global del hecho en sus rasgos esenciales*” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 771), impõe, também, uma homogeneidade objetiva das ações realizadas (*ibidem*, p. 771). À luz dessa teoria, muito se discute se o elemento subjetivo do agente deve alcançar, desde o início, todas as condutas criminosas a serem praticadas na continuidade delitiva, ou se bastaria um “dolo continuado”, que se traduz “*como el fracaso psíquico, siempre homogéneo, del autor en la misma situación fáctica*” (*ibidem*, p. 772).

¹⁵⁰ De fato, aponta Manoel Pedro Pimentel (1969, p. 73), “se o crime continuado fosse realmente um crime único, não haveria razão para aumentar a pena cominada para esta figura, pois não haveria motivação de direito”.

¹⁵¹ A teoria em comento é expressamente adotada pelo Código Penal Italiano, que exige à caracterização do crime continuado um mesmo desígnio. Cf. Noronha (2009, p. 271).

No Brasil, porém, essa discussão perde o seu sentido porque, como não deixa dúvidas o art. 71 do CP, entre nós se adotou, para a aferição do crime continuado, a “teoria objetiva” (FRAGOSO, 2006, p. 447; GALVÃO, 2013, p. 840)¹⁵². Segundo ela, os elementos caracterizadores da continuidade delitiva devem ser aferidos de maneira exclusivamente objetiva, independentemente do aspecto subjetivo do agente (PIMENTEL, 1969, p. 96-97; FRAGOSO, 2006, p. 447; GALVÃO, 2013, p. 840). Por isso, dizia Nelson Hungria (1958, p. 166-167), “o que decide para a existência do crime continuado é tão somente a homogeneidade objetiva das ações, abstraído qualquer nexó psicológico, seja volitivo, seja meramente intelectual”.

Ao dispor que o relevante à aferição da continuidade delitiva é o aspecto objetivo da conduta, cuidou o nosso Código Penal de estabelecer, também, as condições que autorizariam o reconhecimento objetivo do crime continuado. Assim é que, segundo disposto no art. 71 do CP, a homogeneidade objetiva se caracteriza, quando da prática de “crimes da mesma espécie”, “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”.

Existem duas correntes que buscam compreender o que seriam os “crimes da mesma espécie”. Para uma primeira, são aqueles delitos que se encontram em um mesmo tipo penal, embora não necessariamente no mesmo dispositivo de lei (HUNGRIA, 1944, p. 335 apud PIMENTEL, 1969, p. 145). Por outro lado, há um segundo posicionamento que considera “crimes da mesma espécie”, aqueles que protegem um mesmo bem jurídico¹⁵³, ainda que previstos em distintos dispositivos. Concordamos com esse último posicionamento por não vislumbramos, na lei, qualquer determinação que imponha a interpretação restritiva da expressão “mesma espécie”. Para além disso, consideramos que a expressão em comento em muito se assemelha àquela trazida no art. 46, §2º, da Parte geral do Código Penal de 1940, que, tratando da “reincidência específica”, definia os crimes da “mesma natureza” como aqueles “previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”¹⁵⁴. Jurisprudencialmente, porém, prevalece o entendimento de que são “crimes da mesma espécie” tão somente aqueles pertencentes ao mesmo tipo penal (BRASIL, 2010f, 2013b, 2012b, 2014d).

¹⁵² Cf. também o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (BRASIL, 2017a, p. 241-242).

¹⁵³ Assim o fazem Jair Leonardo Lopes (1985, p. 56), Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa (2010, p. 271), Luiz Régis Prado (2003, p. 354-355), Fernando Galvão (2013, p. 841) e Cláudio Heleno Fragoso (2006, p. 448), para quem “crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

¹⁵⁴ O dispositivo em comento é reproduzido no Art. 78, §5º, do vigente Código Penal Militar.

Para além de se tratarem de “crimes da mesma espécie”, a caracterização do crime continuado exige, também, a presença de circunstâncias que indiquem um nexo de causalidade delitiva (BITENCOURT, 2013, p. 791), isto é, uma homogeneidade objetiva na execução de tais delitos, que revela, na verdade, que o agente se aproveitou, quando da prática dos distintos delitos, de situações ou ocasiões consideravelmente semelhantes (MAURACH, 1962, p. 435). Nos termos do art. 71 do CP, a homogeneidade objetiva entre as condutas delitivas pode ser aferida através das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras condições semelhantes, sem que a ausência de uma dessas circunstâncias afaste, por si só, a possibilidade de reconhecimento do crime continuado (BITENCOURT, 2013, p. 792; HUNGRIA, 1945, p. 101 *apud* BITENCOURT, 2013, p. 792).

As “condições de tempo” referem-se ao aspecto cronológico das diversas condutas delitivas (BITENCOURT, 2013, p. 791), ou seja, deve estar presente alguma relação temporal entre os delitos (MAURACH, 1962, p. 435; PRADO, 2014, p. 610). O que se exige ao reconhecimento da conexão temporal, portanto, é “uma certa periodicidade que permita observar-se um certo ritmo, uma certa uniformidade entre as ações sucessivas, embora não se possam fixar, a respeito, indicações precisas” (BITENCOURT, 2013, p. 791). E, muito embora seja difícil delimitar os limites da sobredita conexão temporal, consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que, em regra, “excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro” (BRASIL, 2012g, p. 1)¹⁵⁵.

Quando se exige, à caracterização do crime continuado, a existência das mesmas condições de lugar, entende-se, conforme a lição de Aníbal Bruno (1956, p. 681-682 *apud* PIMENTEL, 1969, p. 147), que “não é necessário que seja sempre o mesmo lugar, mas a diversidade de lugares pode ser tal que se torne incompatível com a ideia de uma série continuada de ações para a realização de um só crime”. No que se refere à “maneira de execução”, essa “se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva” (BITENCOURT, 2013, p. 792), não se exigindo uma identidade entre tais condutas. Por fim, as outras “condições semelhantes” dizem respeito, conforme a lição de Hungria (1945, p. 101), “a qualquer outra condição objetiva que possa indicar a homogeneidade das ações. Assim, entre outras, o aproveitamento da mesma ocasião (das mesmas circunstâncias), ou de persistente ocasião favorável”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, cf. os precedentes: Brasil (2014b, 2013d, 2014g, 2012f, 1996a).

¹⁵⁶ No mesmo sentido, cf. Pimentel (1969, p. 146). Segundo Magalhães Noronha (2009, p. 273), “ocorre aqui o que se chama analogia *intra legem*: a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelham às enunciadas e que podem revelar o delito”.

Para além do crime continuado genérico, cujas características foram explicitadas acima, há, ainda, o crime continuado específico, disposto no Parágrafo único do art. 71 do CP. Segundo ali estabelecido, “nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”. A inclusão do dispositivo em comento quando da Reforma Penal de 1984 encerrou, em definitivo, uma longa discussão a respeito da possibilidade, ou não, de se reconhecer a continuidade delitiva em relação a bens personalíssimos (BITENCOURT, 2013, p. 792). Antes da realização da reforma, aliás, o STF chegou inclusive a editar a Súmula 605, segundo a qual “não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida” (BRASIL, 1984). Contudo, com a mudança legislativa impôs-se o reconhecimento do crime continuado específico, inclusive quanto à lesão a bens jurídicos personalíssimos provocada por crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça. Também aqui, não se admite a incidência da exasperação própria da continuidade delitiva se a pena a ser aplicada ultrapassar aquela que seria imposta seguindo-se a regra do cúmulo material.

2.9. Do Concurso Aparente de Normas

À luz de uma acepção dogmática, o concurso aparente de normas pode ser definido como “a subsunção de um único fato jurídico-penalmente relevante a uma pluralidade de normas penais que se sobrepõem na apreciação do seu desvalor” (HORTA, 2007, p. 1). No entanto, diz-se que o concurso é apenas “aparente” porque, nesse caso, “*uno de los preceptos abarca por completo el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho*” (AISA, 2004, p. 452)¹⁵⁷. Por isso, diz Mezger (1957, p. 379), dá-se o concurso aparente “*cuando una acción cae bajo varias leyes (preceptos) penales que se excluyen entre sí*”.

A diferença entre o concurso aparente de normas e o concurso de delitos, portanto, reside justamente em que, no concurso aparente, uma única norma capta todo o conteúdo de injusto da conduta, ao passo que, no concurso de delitos, nenhuma das normas em concurso (efetivo) expressa todo o conteúdo de injusto do comportamento, conduzindo, em razão do princípio da íntegra valoração do fato, à necessidade de aplicação de todas as normas necessárias à

¹⁵⁷ No mesmo sentido, Welzel (1956, p. 228).

apreensão da integralidade do conteúdo de injusto (MAURACH, 1962, p. 438)¹⁵⁸. Bem o explica Estrella Aisa (2004, p. 216):

Si una ley abarca por completo el contenido de injusto de un suceso, no sólo es supérfluo sino que no está permitido penar por otros tipos porque el contenido de injusto que le corresponde ya ha sido abarcado por los marcos penales de la correspondiente ley. Únicamente puede hablar-se de concurso cuando existe una pluralidad de habilitaciones penales, es decir, cuando ninguna de las leyes ofrece una medida suficiente para la antijuridicidad del comportamiento del delincuente. Es necesaria aquí una combinación de los tipos para apreciar en lo justo el suceso concreto.

Nem sempre será fácil – e frequentemente não o é – mensurar o conteúdo de injusto e de culpabilidade de um determinado comportamento, o que dificulta, por vezes, que se determine quando é que uma das normas concorrentes abarca totalmente o conteúdo de injusto e de culpabilidade da conduta.

Deve-se dizer, no entanto, que embora a diversidade de bens jurídicos tutelados pelas normas em concurso seja um elemento relevante à identificação do conteúdo de injusto da conduta, a mera diversidade de bens jurídicos afetados não é suficiente, por si só, para distinguir o concurso aparente de normas do concurso de delitos.¹⁵⁹ Tanto é assim que, inclusive entre nós, há firme entendimento jurisprudencial no sentido de que é possível reconhecer o concurso aparente de normas, afastando-se o concurso de delitos, mesmo diante de condutas que lesionam tipos penais protetores de bens jurídicos distintos¹⁶⁰. Igualmente, embora o *quantum* de pena estabelecido em abstrato pelas normas em concurso aparente não constitua o elemento decisivo na solução do conflito, não se pode perder de vista, que a análise do conteúdo de injusto passa, também, pela pena atribuída a cada uma das normas em concorrência (MOUTINHO, 2005, p. 823)¹⁶¹.

¹⁵⁸ Para Lobo Moutinho (2005, p. 897), o “fundamento e critério do concurso aparente de normas é a índole exautiva da norma incriminadora – no sentido de que ela identifica exhaustivamente o caso e a correspondente solução – a qual deriva, directamente, do princípio da legalidade e, em última análise, da identidade dos casos e soluções consigo mesmos”.

¹⁵⁹ Nesse sentido é a lição de Estrella Aisa (2004, p. 228): “*la distinción entre concurso de leyes y de delitos no puede establecerse a partir de la identificación de un solo bien jurídico o de varios. Esto no significa que el bien jurídico no cumpla ningún papel dentro del ámbito concursal, pues sí que lo cumple. Al interpretar los tipos concurrentes tenemos que preguntarnos cuál es el valor que tratan de proteger, de qué forma, frente a qué ataques porque ello nos permitirá averiguar asimismo el alcance de cada tipo, su conexión sistemática con los demás, y esto en definitiva esclarecerá las relaciones que existen entre los tipos y determinará la solución concursal adecuada*”.

¹⁶⁰ Para vê-lo, vide: Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1990b): “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

¹⁶¹ Para Lobo Moutinho (2005, p. 823), “as normas incriminadoras distinguem-se umas das outras pelo caso que preveem (e, dentre o dele, pelo facto criminoso que tipificam) e pela solução que lhe dão (e, dentro dela, pela espécie e medida de pena que tipificam). Pelo que interpretá-las e relacioná-las sem recurso ao facto e aos respectivos elementos constitutivos não é possível”.

Entendemos, assim como Mezger, que o concurso aparente se caracteriza pela concorrência de uma pluralidade de normas sobre uma só conduta, distinguindo-se do concurso formal unicamente porque, ao contrário do que se passa nessa última hipótese concursal, naquela uma das normas em concurso é capaz de apreender todo o conteúdo de injusto do comportamento¹⁶². Haveria no concurso formal, então, uma unidade de ação e pluralidade de injustos (ou “fatos”) e, no concurso aparente de normas, uma unidade de ação e também uma unidade de injusto (“fato”)¹⁶³. Esse entendimento, aliás, decorre da própria maneira com que enxergamos a forma de se aferir a unidade ou pluralidade de condutas.

Afinal, compreendemos que o único caminho seguro para se aferir a unidade ou pluralidade de condutas é aquele que passa pela análise, em primeiro lugar, da efetiva unidade ou pluralidade delitiva de um determinado feixe comportamental e pela verificação, em um segundo momento, da identidade total ou parcial dos atos realizadores dos diversos delitos. Ocorre que, à luz dessa compreensão, a constatação da unidade delitiva implica, sempre, no reconhecimento de uma única conduta, na medida em que se terá a reunião de todos os atos penalmente relevantes em uma unidade (típica) de ação. Por isso, uma vez que o concurso aparente de normas só é reconhecido quando se conclui pela unidade delitiva (e, conseqüentemente, por uma unidade de conduta), tem-se, a nosso juízo, que o reconhecimento do concurso aparente de normas sempre virá acompanhado do próprio reconhecimento da unidade de ação¹⁶⁴. É que “a norma prevalente, embora não a exija a título essencial, ainda conta com a verificação do facto previsto na outra norma como modalidade de realização concreta (circunstância) do facto criminoso por ela previsto” (MOUTINHO, 2005, p. 1019). Segundo entendemos, portanto, não é possível sustentar a existência de duas condutas frente a uma unidade delitiva, ainda que se trate dos atos anteriores e posteriores coapenados (conforme melhor exposto adiante), sob pena de se desconfigurar a própria maneira de se aferir a unidade ou pluralidade de ação¹⁶⁵.

¹⁶² Para Mezger (1957, p. 379), no concurso aparente de normas “*el punto de partida es el mismo que en el llamado concurso ideal: en la misma acción unitaria coinciden varias leyes penales (varios tipos jurídico-penales); la diferencia estriba en el hecho de que en el concurso ideal las distintas leyes penales son compatibles entre sí, no se excluyen reciprocamente, mientras que en el concurso de leyes penales desplaza y excluye de antemano a la otra*”.

¹⁶³ A respeito da unidade de “fato” (ou de injusto) no concurso aparente de normas, Lobo Moutinho observa que “só há várias normas em jogo no momento da colocação do problema e não da sua solução; e por outro lado, a estrita unidade do facto é conclusão e não pressuposto do problema.” (2005, p. 821).

¹⁶⁴ Em sentido contrário, porém, devemos destacar o posicionamento de Frederico Horta (2007, p. 85), para quem: “pode um mesmo fato, isto é, um mesmo conteúdo de injusto ser determinado por uma pluralidade de ações, suportantes de tipos de delito diversos, aparentemente concorrentes, como são os atos anteriores e posteriores impunes ou co-apenados”.

¹⁶⁵ É de se lembrar, aqui, a lição de Mezger (1957, p. 368-369): “*A los actos que como unidad de acción jurídica caen bajo un determinado tipo jurídico-penal, se añaden también todos aquellos actos (formando una unidad con*

Dizer o contrário, isto é, que os atos absorvidos caracterizam verdadeiras condutas, implica sustentar que mesmo um tipo de delito não *efetivamente* realizado será capaz de reunir, em uma unidade (típica) de ação, os atos que em tese poderiam lhe concretizar. Contudo, não podemos admitir a aferição de uma conduta através de tipos de delito que não tenham sido *efetivamente* realizados¹⁶⁶. É que, segundo pensamos, à teoria da unidade ou pluralidade de condutas que interessa ao concurso de crimes somente importa a aferição das condutas que sejam *efetivamente* penalmente relevantes, e não o reconhecimento de ações que, por realizarem um tipo de delito absorvido, se limitam – quando muito – a agravar o conteúdo de injusto do delito prevalente.

De todo modo, evidentemente não se está a exigir uma unidade de conduta para que se possa *apreciar* um concurso aparente de normas; o que se diz, tão somente, é que o reconhecimento desse concurso vem acompanhado do próprio reconhecimento da unidade de ação. A unidade de conduta é, assim, não uma *condição*, mas sim o próprio *resultado* do reconhecimento de uma concorrência aparente de normas. Vem a calhar aqui, então, a lição de Lobo Moutinho, para quem a conclusão pelo concurso aparente

alcança-se precisamente na medida em que se verifica que o facto aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada entra, na inteireza da sua estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura accidental do crime regulado pela norma prevalente. (...). A conclusão pelo não concurso passa necessariamente pela verificação de que aquilo que parecia o facto criminoso regulado numa norma, na realidade, se insere como circunstância no facto previsto pela outra, pelo que é alcançado e esgotado por esta (que, por isso, se lhe aplica exclusivamente). (2005, p. 1019)¹⁶⁷.

Dito isso, podemos avançar para uma análise, ainda que sucinta, quanto ao que a doutrina pluralista¹⁶⁸ tradicionalmente aponta como os critérios solucionadores da concorrência aparente de normas: o da especialidade, subsidiariedade e consunção (HORTA, 2007, p. 103).

los primeros), a los que por razones jurídicas les falta la independencia frente a los primeros a causa de que el tipo jurídico-penal a que pertenecen es abarcado por el tipo que viene en aplicación. O dicho con otras palabras: también actúan como “abrazadera” de la unidad los tipos legales consumidos por el tipo legal cuya aplicación procede. (...). Así resulta que pertenecen a la unidad de la acción todos los actos preparatorios, de tentativa, de participación y todas las acciones por las que se realiza una intención, ejecutados por el autor mismo de acto principal; especialmente pertenecen aquí todas aquellas acciones que han de considerarse desde el punto de vista de los llamados acto anterior o posterior impunes.”

¹⁶⁶ Também nesse sentido, Estrella Aisa aponta que, “cuando el sujeto ha realizado un solo hecho que realiza varios tipos penales las únicas alternativas concursales que se presentan son dos: el concurso de leyes o el concurso ideal” (2004, p. 439).

¹⁶⁷ É importante assinalar que Lobo Moutinho rejeita a referência à expressão “ação”, preferindo se valer do termo “facto”, pois o Código Penal Português teria evitado a utilização da expressão “acção” no contexto da unidade ou pluralidade de crimes. Assim, diz o autor, “essa objeção terminológica, por si só, conduzir-nos-ia somente a falar, não em unidade (típica, natural ou jurídica) de acção, mas em unidade (típica, natural ou jurídica) do facto (criminoso ou mesmo até do crime). (*Ibidem*, p. 459).

¹⁶⁸ Por outro lado, e como apontado por Frederico Horta (2007, p. 103), as teorias monistas “de forma geral e essencialmente, se baseiam na relação e no critério da especialidade”.

2.9.1. Da Especialidade

Dentre os critérios solucionadores de um conflito aparente de normas, o da especialidade é o único aceito de maneira unânime (ALBERO, 1995, p. 321; AISA, 2004, p. 168)¹⁶⁹. Segundo Estrella Aisa (2004, p. 168), “*se constata la relación de especialidad entre dos preceptos cuando uno de ellos contiene todos los elementos de otro, pero se distingue de él por medio de algún outro elemento adicional*”¹⁷⁰.

Assim, na medida em que a relação de especialidade pode ser aferida a partir da comparação abstrata dos tipos penais, entende-se, comumente, que a especialidade decorre de uma estrutura lógica de inclusão ou subordinação (ALBERO, 1995, p. 321; AISA, 2004, p. 168). Mas sem embargo disso, somente há o afastamento da norma geral e a prevalência da norma especial porque esta “confere a mais apropriada valoração da lesão que o Estado se ressentente na específica situação por ela prevista” (HORTA, 2007, p. 115), isto é, em razão da “*mejor posición del precepto prevalente para expresar de forma más completa el contenido antijurídico de la conducta*” (ALBERO, 1995, p. 324).

A especialidade se manifesta de maneira clara na relação entre os tipos básicos e as suas formas qualificadas ou privilegiadas (HORTA, 2007, p. 116; AISA, 2004, p. 169; ALBERO, 1995, p. 324), entre os “crimes complexos e progressivos em relação àqueles que punem autonomamente alguns de seus elementos constitutivos ou pressupostos naturais de incidência” (HORTA, 2007, p. 119), e, entre nós, e de forma expressa, na relação entre as normas penais extravagantes e aquelas dispostas na parte geral do Código Penal, nos termos do art. 12 desse diploma (*ibidem*, p. 117).

2.9.2. Da Subsidiariedade

Verifica-se a relação de subsidiariedade quando uma norma “se volta contra um estágio preliminar da lesão que enseja a incidência da norma principal e, portanto, prevalente” (*ibidem*, p. 130). Nesse passo, diz Frederico Horta (*ibidem*, p. 130), a norma subsidiária “só atua quando uma lesão por ela prevista não tenha se desenvolvido a ponto de atingir o âmbito de incidência da norma principal”. É a relação valorativa, portanto, que expressa a captação, por um dos tipos, de todo o conteúdo de injusto da conduta (ALBERO, 1995, p. 333).

¹⁶⁹ Acerca da teoria monista da concorrência aparente de normas, que enxerga no princípio da especialidade o único critério hábil a solucionar um concurso aparente, cf. Horta (2007, p. 103 e ss).

¹⁷⁰ No mesmo sentido, cf. Maurach (1962, p. 442).

Partindo desse conceito, a doutrina costuma distinguir duas modalidades de subsidiariedade: uma expressa e outra tácita (MAURACH, 1962, p. 441).

A subsidiariedade expressa se dá quando “a aplicabilidade de uma norma penal incriminadora é expressamente condicionada pela lei à não incidência de outra a ela preferível” (HORTA, 2007, p. 131)¹⁷¹. É o caso, por exemplo, daquelas normas que, por disposição expressa, somente se aplicam “se o fato não constitui elemento de crime mais grave” (art. 132, do CP) ou “elemento de outro crime” (art. 249, do CP).

Por sua vez, a subsidiariedade tácita ocorre “sempre que a conduta lesiva sobre a qual incide uma delas representar mera etapa preliminar, embora não impreterível, da forma mais grave de lesão que enseja a incidência da outra” (HORTA, 2007, p. 136). É o que se dá, a título ilustrativo, na relação entre os atos preparatórios puníveis, a tentativa e a consumação (AISA, 2004, p. 175; HORTA, 2007, p. 137), assim como entre os crimes de perigo concreto e os de dano (HORTA, 2007, p. 137; AISA, 2004, p. 177).

2.9.3. Da Consunção e os atos posteriores coapenados

A consunção “*es un criterio aplicable cuando uno de los preceptos es suficiente para valorar de forma exhaustiva el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de leyes*” (AISA, 2004, p. 179). Dá-se a consunção, portanto, quando “o desvalor jurídico da conduta proibida (...) abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva” (HORTA, 2007, p. 148)¹⁷², conduzindo unicamente à aplicação da norma consuntiva. Por isso mesmo, dado o seu fundamento valorativo (MEZGER, 1957, p. 382; ALBERO, 1995, p. 383-384; HORTA, 2007, p. 148), concordamos com Estrella Aisa (2004, p.179), quando a autora diz que a definição de consunção coincide, basicamente, com o próprio conceito de concurso aparente de normas, fundando-se a consunção, portanto, também na vedação ao *bis in idem*¹⁷³.

A consunção tem por fundamento a relação regular ou razoável entre a prática de determinados crimes, de tal forma que o tipo penal do delito principal já prevê, ainda que implicitamente, as situações fáticas em que os referidos delitos são normalmente praticados, revelando-se o tipo do delito principal capaz de valorar suficientemente o integral desvalor do

¹⁷¹ Ou, nas palavras de Estrella Aisa (2004, p. 172): “*Se habla de subsidiariedad expresa o formal cuando el carácter prevalente del tipo primario resulta del propio tenor literal de la ley en razón de una cláusula de subsidiariedad*”.

¹⁷² No mesmo sentido, cf. Maurach (1962, p. 443).

¹⁷³ No mesmo sentido, cf. Albero (1995, p. 382), e Pacelli e Callegari (2015, p. 424).

comportamento (MOUTINHO, 2005, p. 406)¹⁷⁴. Por isso mesmo, diz que, nesses casos, a punição cumulativa implicaria em uma violação ao princípio do *non bis in idem* (BEZERRA, 2010, p. 129).

A consunção ocorre mesmo quando as normas concorrentes tutelam bens jurídicos diversos, pois à sua incidência basta que uma das normas em concurso esgote todo o conteúdo de injusto do comportamento (MAURACH, 1962, p. 443; PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 423). Assim, uma vez que a identidade dos bens jurídicos protegidos pelas normas concorrentes não constitui um requisito para a consunção, ela se opera ainda que as normas concorrentes tutelem bens jurídicos diversos (HORTA, 2016, p. 150)¹⁷⁵. Igualmente, se a norma consuntiva abarcar todo o desvalor jurídico da conduta, dar-se-á a consunção mesmo se a norma consumida possuir uma pena mais grave do que aquela (ALBERO, 1995, p. 390; HORTA, 2007, p. 151-152). A possibilidade de incidência da consunção entre normas que tutelam bens jurídicos diversos, inclusive com a consunção de uma norma que apresenta uma pena maior do que aquela prevista na norma consuntiva, é amplamente reconhecida pela jurisprudência brasileira, e o referido entendimento é inclusive sumulado na Súmula 17/STJ (BRASIL, 1990b).

Tradicionalmente, reconhece-se a consunção em relação aos atos simultâneos (“atos típicos acompanhantes”) e aos “atos” posteriores coapenados (HORTA, 2007, p. 153)¹⁷⁶. Vejamos, então, a forma com que a consunção se manifesta em relação a cada um deles.

De acordo com a lição de Frederico Horta (2007, p. 153), os “atos típicos acompanhantes” ou “fatos típicos acompanhantes”, são aqueles simultâneos ao delito principal, e “realizam-se paralelamente ao tipo de delito prevalente, pela mesma conduta qualificada segundo a norma consuntiva ou, ainda, por conduta diversa daquela, mas a ela normalmente

¹⁷⁴ Igualmente, García Albero (1995, p. 386) aponta que “*el legislador, al prever el marco penal correspondiente para el tipo principal, no ha podido desconocer la fisionomía habitual de las realizaciones típicas de los delitos correspondientes. Aunque el hecho acompañante no se vea directa y formalmente reflejado en el tenor literal del delito prevalente, ha de estar necesariamente contemplado de modo implícito.*” Por outro lado, é de se ressaltar a crítica de Ulysses Bezerra (2010, p. 130) em relação a esse posicionamento, por considerar que “o fato de que o legislador conheça a regular inter-relação entre determinados crimes não permite concluir que os delitos acessórios sejam efetivamente levados em consideração na formação do desvalor principal”. Por isso, Ulysses Bezerra (*ibidem*, p. 139) defende que “o fundamento da consunção é o cumprimento da função de uma norma por outra – especificamente, da função de prevenção geral negativa. Tal função é cumprida integralmente por uma das normas, tornando a outra desnecessária, toda vez que, seguindo a lógica interna da criminalidade – com o que se pretende fazer referência ao modo como os crimes são praticados normalmente, e não à lógica de um agente em particular – o cometimento de um crime possa estar estreitamente vinculado ao de outro, diminuindo a sensibilidade para o fato de que se tratam de duas condutas incorretas e não apenas uma. Afinal, se o fato é representado como uma unidade, a proibição de qualquer parte desta unidade terá para os agentes o efeito de proibição do todo”.

¹⁷⁵ Segundo García Albero (1995, p. 390), para o reconhecimento da consunção “*no se precisa la identidad de bien jurídico tutelado con el hecho principal. Tal coincidencia no constituye un presupuesto conceptual necesario*”.

¹⁷⁶ No mesmo sentido, Ulysses Bezerra (2010, p. 129) sustenta que “são dois os grupos de casos submetidos ao princípio da consunção: o dos atos típicos acompanhantes e o dos atos copunidos posteriores”.

vinculada”¹⁷⁷. É o que se verifica, respectivamente, na utilização de documento falso (art. 304 do CP) para a prática de um estelionato (art. 171 do CP) ou nas injúrias (art. 140 do CP) acompanhantes de um estupro (art. 213 do CP) (*ibidem*, p. 258-259).

O reconhecimento dos “atos típicos acompanhantes” passa, então, pela constatação de que a realização de um determinado delito, embora não necessariamente, geralmente ocorre mediante o cometimento de uma outra infração penal (AISA, 2004, p. 181; ALBERO, 1995, p. 386)¹⁷⁸. Assim, pode considerar-se consumido “*todo acto acompañante que, resultando ser una posible concreción de algún elemento típico de la lex consumens, se presenta, al mismo tiempo, como una forma de realización normal o regular, aunque no estrictamente necesaria, de dicho hecho principal*” (ALBERO, 1995, p. 392)¹⁷⁹. Por isso, somente haverá a absorção daquelas infrações que se revelem normais ou habituais ao delito principal (*ibidem*, p. 391).

Em todos esses casos, verifica-se a consunção porque um dos tipos realizados já abarca suficientemente o desvalor jurídico do evento, na medida em que o desvalor da realização do outro tipo revela-se demasiadamente pequeno em relação ao delito prevalente (AISA, 2004, p. 181-182). Além do mais, diz García Albero (1995, p. 386), “*en la determinación del marco penal conminatorio, el legislador, al prever el tratamiento para el delito más grave, fija una sanción adecuada para cubrir también el desvalor del delito menos grave que normalmente acompaña*”.

Os ditos “atos típicos anteriores”, como o próprio nome os indica, são aqueles que realizam, em momento anterior ao do cometimento do delito prevalente, um tipo de crime distinto, mas consumido por ele porque esgota o conteúdo de injusto e de culpabilidade do comportamento (MAURACH, 1962 p. 464; AISA, 2004, p. 185-186). Por sua vez, o “ato posterior” coapenado é aquele que realiza um novo tipo penal, por meio do qual o agente busca assegurar ou aproveitar a situação alcançada através do delito prevalente (MAURACH, 1962,

¹⁷⁷ Entendemos, no entanto, que nesses casos não há uma pluralidade de condutas, mas sim uma unidade de ação, embora formada por uma pluralidade de atos. Por isso, quando se menciona, no estudo dos “atos típicos acompanhantes”, a identidade ou diversidade de “condutas”, entendemos que por “conduta” podemos nos referir, tão somente, aos atos (em sentido naturalístico), o que inclusive melhor corresponde à designação dada aos comportamentos aqui analisados: *atos* acompanhantes.

¹⁷⁸ Segundo Lobo Moutinho, os atos típicos acompanhantes, “a uma primeira aproximação autônomos, se enxertam na estrutura do facto principal, de modo que a norma incriminadora deste último, embora à primeira vista não os alcance de todo, na realidade os esgote, na sua estrutura e significado valorativo” (2005, p. 1.047).

¹⁷⁹ Ainda segundo o autor, os atos acompanhantes somente poderão ser consumidos “*cuando su realización no excede de la habitual dinámica comisiva prevista como normal por el legislador para el delito principal (...). El ‘excedente’ concurrirá normalmente en concurso de delitos con el hecho principal*”. (ALBERO, 1995, p. 400).

p. 467; ALBERO, 1995, p. 394; AISA, 2004, p. 186)¹⁸⁰. Ou, nas palavras de Frederico Horta (2007, p. 156), “ato posterior” coapenado é aquele

que se segue à realização dos pressupostos da norma consuntiva, concretizando um tipo de delito conceitualmente heterogêneo em relação ao que prevalece, mas que ao lado da conduta subjacente ao delito prevalente constitui uma unidade de injusto, pois representa o normal desenvolvimento ou o exaurimento da ofensa que esta implica, pela realização da sua utilidade ou propósito.

É o que em regra se dá na introdução no mercado de moeda falsa (art. 289, §1º, do CP) por aquele que a fabricou (art. 289, *caput*, do CP), na destruição de coisa alheia (art. 163, do CP) por quem a tenha subtraído (art. 155, do CP) ou no uso de documento falso (art. 304, do CP) por quem o tenha falsificado (art. 297, do CP) (*ibidem*, p. 156-157). Como se vê de tais exemplos, para que um “ato posterior” seja tido como coapenado, é fundamental que se satisfaçam a três requisitos (ROXIN, 2014, p. 1014): que o “ato” se dirija ao mesmo titular; ao mesmo bem jurídico já ofendido pelo delito prevalente e que a lesão causada se limite a agravar aquela que lhe foi imposta, sem, contudo, provocar uma nova ofensa¹⁸¹. Haverá aqui, de todo modo, uma verdadeira unidade de injusto (HORTA, 2007, p. 156)¹⁸².

E, a essa altura, é de se perguntar: por qual razão não se impõe uma nova punição aos ditos “atos posteriores”? Para alguns, porque tais atos realizariam uma nova conduta, autônoma e distinta em relação àquela caracterizadora do delito prevalente, mas não punível ao autor do delito anterior em razão de uma causa pessoal de exclusão de pena, dado que o autor daquele delito já seria suficientemente castigado pela pena ali imposta (MAURACH, 1962, p. 467)¹⁸³. Já para outros, os referidos atos não poderiam ser novamente apenados porque constituiriam, em verdade, o exaurimento do delito prevalente, integrando, portanto, em unidade de ação, a própria conduta que o realizou (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 869; AISA, 2004, p. 187).

A discussão em comento apresenta enorme relevância prática, especialmente no que se refere à participação de um segundo agente apenas na realização dos “atos posteriores”. É que,

¹⁸⁰ Nas palavras de Ulysses Bezerra (2010, p. 128), “consideram-se atos copunidos posteriores aqueles voltados a manter, assegurar ou propiciar o proveito de crime anterior”.

¹⁸¹ Bem o explica García Albero (1995, p. 395), para quem “*el hecho posterior debe dirigirse contra el mismo bien jurídico ya vulnerado por el delito principal. Es preciso además, que esta ulterior afección no suponga un aumento del daño producido por el hecho precedente.*” Em sentido semelhante, cf. Horta (2007, p. 157).

¹⁸² Nas lições de Lobo Moutinho, o “ato posterior” “só será copunido (dando lugar ao reconhecimento de um não concurso) na medida em que ele, na sua estrutura e significado valorativo, se esgote pela sua inserção na estrutura accidental do crime regulado pela norma incriminadora do facto principal” (2005, p. 1.042).

¹⁸³ Para Maurach (1962, p. 467), “*los impunes actos posteriores representan supuestos de propia pluralidad de actos sin los efectos del concurso real. No tiene lugar ni consunción ni desplazamiento de sus tipos, sino que se otorga al autor (¡y sólo a él!) una personal causa de exclusión de la pena por la consideración de que el acto posterior “sólo tira de la misma cuerda” del ya castigado acto previo.*”

caso se considere que os “atos posteriores” caracterizam uma conduta distinta, embora não punível ao autor da ação realizadora do primeiro delito, ter-se-ia a punição do partícipe unicamente pelo tipo de delito consumado pelos “atos posteriores” (MAURACH, 1962, p. 470). No entanto, se admitido que tais atos compõem, junto àqueles caracterizadores da primeira infração, uma unidade delitiva (e, portanto, uma unidade de conduta), então o partícipe dos “atos posteriores” deveria ser punido pelo delito prevalente, a não ser que, com a realização dos “atos posteriores” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 869)¹⁸⁴, tenha pretendido participar de crime menos grave, caso em que ser-lhe-á aplicada a pena deste (art. 29, §2º, do CP).

De todo modo, entendemos que, para as duas correntes, a conclusão só pode ser uma: a de que, quanto aos “atos posteriores”, não há o concurso aparente de normas em relação a uma pluralidade de condutas. Afinal, se entendido que os “atos posteriores” realizam uma nova ação (embora não punível ao autor do delito anterior), então haverá, de fato, uma *pluralidade de condutas*, mas já não existirá um concurso aparente de normas (havendo, tão somente, uma excludente de punibilidade ao autor do primeiro delito), porque em momento algum as normas incidentes sobre cada uma dessas ditas condutas disputarão, entre si, a aplicação sobre um mesmo conjunto de atos (AISA, 2004, p. 439). Por sua vez, se entendido que os “atos posteriores” formam, junto aos atos realizadores do delito prevalente, uma *unidade de conduta* (porque constituiriam o mero exaurimento daquele delito), então haverá aqui um concurso aparente de normas, mas não em relação a uma pluralidade de ações e sim sobre uma só conduta (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 869).

Entendemos, de nossa parte, que o dito “ato posterior” coapenado nada mais expressa do que o esgotamento ou normal desenvolvimento do delito prevalente (AISA, 2004, p. 187; HORTA, 2007, p. 156). Por isso, somente a partir de uma interpretação meramente formal do tipo realizado por tal ato é que se poderia vislumbrar a concretização de uma nova conduta punível (ALBERO, 1995, p. 393), na medida em que os atos caracterizadores do exaurimento fundamentam, ainda, uma unidade de conduta (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 776; AISA, 2004, p. 406)¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Para Zaffaroni, Slokar e Alagia (2002, p. 869), caso a questão fosse enxergada como um “*problema de punibilidad tendría que pensarse que el partícipe sería cómplice o instigador del hecho posterior, en tanto que si se lo considera como una forma de agotamiento del hecho anterior, el partícipe sería únicamente cómplice del hecho único (anterior).*”

¹⁸⁵ Assim também Zaffaroni, Slokar e Alagia (2002, p. 869), para os quais o “ato posterior” coapenado, “*en cuanto a la etapa posterior a la consumación, que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito, no da lugar a una nueva conducta, sino que es un supuesto más de unidad de acción.*”

À luz dessas considerações, compreendemos que os “atos posteriores” coapenados – como o próprio nome já o indica – não constituem uma conduta distinta daquela realizadora do delito prevalente, mas tão somente atos que, sob o prisma da unidade típica de ação, integram, junto aos atos materializadores do delito principal, uma unidade (típica) de conduta (MEZGER, 1957, p. 368-369).

CAPÍTULO 3. O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A lavagem de dinheiro é a conduta destinada a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores advindos de uma infração penal, com o intuito de os reinserir na economia formal com a aparência lícita (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 29)¹⁸⁶.

Com isso em mente, buscaremos explorar, no presente capítulo, as bases sobre as quais se erigiu o delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro, com especial atenção ao bem jurídico penalmente tutelado por essa infração penal e, de modo sucinto, com uma análise quanto aos principais aspectos da tipicidade objetiva e subjetiva do delito em comento. Feito isso, abordaremos a forma com que se manifesta a identidade ou diversidade de crimes na lavagem de dinheiro. Adiante.

3.1. Breves considerações sobre a evolução do delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro

No Brasil, a lavagem de capitais foi tipificada na Lei n. 9.613/98, que originalmente dispunha, em seu art. 1º, *caput*, que:

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;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

¹⁸⁶ Para Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 296), a lavagem de dinheiro é o “*proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”.

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.
 Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Posteriormente, editou-se a Lei n. 12.683/12, que extinguiu o rol taxativo dos possíveis delitos produtores para admitir, como antecedente da lavagem, toda e qualquer infração penal (crime ou contravenção), dando-se ao dispositivo legal a seguinte redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
 Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Passemos a analisar, então, à luz do dispositivo em comento, os aspectos da lavagem de dinheiro no Direito Penal brasileiro, que consideramos de maior relevo à apreciação de um concurso de crimes que envolva a figura delitiva em questão.

3.2. Da objetividade jurídica

Sob o prisma de um Direito Penal voltado à proteção subsidiária de bens jurídicos (ROXIN, 1997, p. 51), é fundamental esclarecer a natureza do bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, seja para não se perder de vista o fundamento e os limites da incriminação em comento¹⁸⁷, seja para se determinar o conteúdo de injusto de tal delito. Analisemos brevemente, então, as principais correntes que buscam aclarar a objetividade jurídica do delito de lavagem de capitais.

3.2.1. O bem jurídico ofendido no delito produtor

Para uma primeira corrente¹⁸⁸, a lavagem de dinheiro protegeria o mesmo bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente, caracterizando-se a lavagem como um incremento punível da lesão causada pelo delito anterior (CORDERO, 2015, p. 296). Segundo essa

¹⁸⁷ Para Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 81), “no campo da *lavagem de dinheiro*, a identificação do *bem jurídico* protegido pela norma penal é tarefa dogmática de suma importância, pois, a depender da posição firmada, as respostas sobre a natureza do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade serão distintas. Mesmo a solução de situações complexas de *concurso de normas*, e sobre a incidência do *bis in idem* em determinados casos, somente será possível com a definição do *bem jurídico* tutelado”.

¹⁸⁸ Sobre os defensores de tal corrente, cf. Bajo e Bacigalupo (2001, p. 684) e Azzali (1993, p. 433 *apud* BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 82).

concepção, a criminalização da lavagem de capitais serviria, fundamentalmente, para reforçar a própria proteção ao bem jurídico lesionado pela infração penal antecedente, de modo a desestimular o cometimento do delito prévio através da repressão a um possível comportamento subsequente (os atos de lavagem) (*ibidem*, p. 297). Entre nós, essa compreensão é defendida por Vicente Greco Filho (2006, p. 162-163), para quem “o crime de lavagem acompanha o crime antecedente, não apenas no plano da competência, mas também no plano do direito material e tutela de bens jurídicos”.

É de se reconhecer, como o faz Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 82), que “esse posicionamento doutrinário é o mais compatível com a previsão legal de um rol detalhado e fixo de delitos antecedentes à *lavagem de dinheiro*”. Afinal, se a criminalização da lavagem se presta a fortalecer a proteção a determinados bens previamente lesionados, é fundamental que o legislador discipline, especificadamente, quais bens mereceriam uma reforçada tutela penal (*ibidem*, p. 82), sob pena de alargar-se injustificadamente o *jus puniendi* do Estado.

Por isso mesmo, no Brasil, onde desde a edição da Lei n. 12.683/12 já se abandonou o rol taxativo dos delitos antecedentes à lavagem, não parece adequada a adoção da referida corrente, pois não se pode admitir – porque manifestamente desproporcional – a indicação de todo e qualquer bem jurídico como tutelado pelo delito de lavagem¹⁸⁹. Além do mais, a atual estratégia político-criminal de combate à lavagem de capitais é, justamente, a de se conferir uma larga autonomia desse delito em relação à infração antecedente, o que revela uma efetiva contrariedade à ideia de se reconhecer uma identidade entre o bem jurídico tutelado pela lavagem e o delito anterior (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 83).

3.2.2. A administração da Justiça

Já para uma segunda corrente, a lavagem de dinheiro protegeria a administração da Justiça, na medida em que o delito afetaria a capacidade da Justiça descobrir e recuperar o produto do delito produtor (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 85; MAIA, 2004, p. 53; PODVAL, 2011, p. 1.035; PRADO; DOTI, 2011, p. 1.040; REZENDE, 2013, p. 63). À luz dessa concepção, embora permaneça uma conexão entre a infração anterior e a lavagem (cuja ofensa

¹⁸⁹ Para Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 297), “*si se considera que el tipo del delito de blanqueo protege los bienes menoscabados por los delitos previos, y dado que ahora son todos los delitos los subyacentes, se estaria generando una respuesta punitiva desproporcionada, porque estaria protegiendo todos los bienes jurídicos tutelados en el Código penal, quedando así incluidos en su ámbito de protección ‘hechos demasiado heterogéneos en cuanto a su lesividad’*”.

à administração da Justiça é acessória ao delito antecedente) (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 21), confere-se uma maior autonomia para este último delito (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 85).

No que se refere à administração da Justiça, Frederico Horta e Adriano Teixeira distinguem duas naturezas de crimes: aqueles que comprometem “os meios de que dispõe o Estado para apurar os ilícitos, aplicar o direito e executar as decisões” (2009, p. 20), e aqueles que, embora não afetem o bom funcionamento da Justiça, “comprometem os seus resultados, dificultando a aplicação da lei ou contrariando a sua própria autoridade” (*ibidem*, p. 20). No grupo dos crimes contra “os meios da administração da Justiça”, os autores apontam a comunicação falsa de crime (art. 340 do CP), o patrocínio infiel (art. 355 do CP) e o suborno de perito (art. 343 do CP) (*ibidem*, p. 20). Por sua vez, figurariam como delitos que atentam à “própria realização da Justiça” o favorecimento real (art. 349 do CP), o favorecimento pessoal (art. 348 do CP) e a desobediência à decisão judicial (art. 359 do CP) (*ibidem*, p. 20).

Nesse passo, os autores apontam que, assim como o favorecimento real e pessoal, a lavagem pertenceria ao grupo dos delitos que atingem o próprio fim visado pela administração: a realização da Justiça (*ibidem*, p. 20). Daí concluírem, acertadamente a nosso juízo:

A ofensividade da lavagem de dinheiro para a administração da Justiça consiste em manter ou induzir os órgãos de persecução penal em erro (ignorância ou equívoco) sobre a existência ou procedência criminosa de um bem, encobrendo um indício do crime e de sua autoria. A lavagem dificulta, assim, a aplicação da pena cominada ao crime e dos efeitos extrapenais da condenação, notadamente o perdimento do produto ou proveito do crime (art. 91, II, “b”, do CP) (*ibidem*, p. 20)¹⁹⁰.

¹⁹⁰ É importante assinalar, aqui, a lição de Fernando Galvão (2013, p. 860), para quem “a previsão de confisco é taxativa, assim, obedecendo à mesma restrição imposta aos casos de confisco previstos na alínea *a*, não se poderá confiscar o produto ou proveito de contravenção”. Nesse passo, poder-se-ia vislumbrar uma aparente contradição na identificação da administração da Justiça como o bem jurídico tutelado pela lavagem, porque, com a edição da Lei n. 12.683/12, passou-se a admitir a possibilidade de sua caracterização a partir da realização de toda e qualquer infração penal, *inclusive a contravenção*. Assim, se o objeto de tutela da lavagem fosse a administração da Justiça, notadamente no que diz respeito ao interesse estadual de promover o perdimento do produto ou proveito do crime (art. 91, II, “b”, CP), poder-se-ia dizer, quando nada, que não haveria interesse jurídico a ser tutelado com a admissão de uma lavagem que tivesse como antecedente uma contravenção penal, porque jamais se poderia mesmo promover o perdimento do produto ou proveito obtido com a sua consumação. No entanto, e com ainda maior razão, poder-se-ia dizer, também, que a criminalização da lavagem que tivesse por antecedente uma contravenção – mesmo sabendo que jamais se poderia confiscar o produto ilícito com ela obtido – constituiria a prova de que a lavagem não se voltaria à proteção da administração da Justiça, ainda mais na sua vertente que visa a recuperação dos proventos ilícitos. Ocorre, porém, que de há muito a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que as disposições contidas no art. 91, do CP, são aplicáveis, por força do art. 1º, da LCP, também às contravenções penais, razão pela qual jurisprudencialmente tem-se entendido possível o perdimento do produto ilícito mesmo quando adquirido a partir de uma contravenção penal. Portanto, não vislumbramos nenhuma contradição no tipo de delito da lavagem, porque existe uma pretensão estadual de recuperação do produto ilícito mesmo quando obtido a partir de uma contravenção. Cf. Brasil (2000a).

Com efeito, a lavagem nos parece afetar justamente a administração da Justiça, especificamente no que se refere ao interesse do aparelho judiciário em promover o perdimento do produto criminoso (ARZT, 1993, p. 913 e 917 *apud* CAEIRO, 2003, p. 1086). Concordamos, então, com Pedro Caeiro (2003, p. 1096), para quem a lavagem de dinheiro “visa tutelar a pretensão estadual à perda das vantagens propiciadas por um crime, a qual integra uma dimensão da realização da justiça”. Ou, nas palavras de Jorge Fernandes Godinho (2001, p. 184 e ss. *apud* CAEIRO, 2003, p. 1086), a figura penal da lavagem busca proteger a “pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime”.

Alguns autores sustentam, no entanto, que “no caso da lavagem de dinheiro, o bem jurídico ‘administração da Justiça’ tornaria letra morta o princípio da ofensividade, e, em pouco auxiliaria para a configuração do injusto” (PITOMBO, 2003, p. 75). Há quem aponte, ainda, que a lesão à administração da Justiça é inerente à lavagem, mas que o motivo de sua criminalização residiria em outros interesses, na medida em que identificar a administração da Justiça como o bem jurídico tutelado pelo referido delito equivale a preterir a fase da integração (a mais importante e lesiva da lavagem) em favor de suas fases iniciais¹⁹¹. De nossa parte, porém, consideramos que a administração da Justiça oferece claras balizas para a interpretação do injusto penal da lavagem, e que também a denominada fase de integração concretiza uma grave – e talvez a maior – ofensa à administração da Justiça, uma vez que torna ainda mais difícil a sua realização, isto é: cria um obstáculo significativamente mais robusto à pretensão estatal de confisco do produto criminoso (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 92).

Por essas razões, entendemos que a incriminação da lavagem de dinheiro tem por finalidade proteger, precipuamente, a administração da Justiça, notadamente no que diz respeito a uma das finalidades por ela almejada: a pretensão estatal ao confisco do produto do crime.

3.2.3. A ordem econômica

Já para uma terceira corrente, o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro seria a ordem econômica, porque os atos de ocultação e dissimulação do capital ilícito afetariam a livre concorrência, a política monetária, a credibilidade do sistema financeiro e a própria estabilidade

¹⁹¹ Para Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 298-299), “*el blanqueo de capitales implica siempre un atentado contra la administración de Justicia, pero no es éste el aspecto más relevante del mismo; (...). Queda claro, por tanto, que cuando se sanciona penalmente el blanqueo no es porque sea una conducta lesiva de la Administración de Justicia – pese a que normalmente es algo inherente a él –, sino porque afecta a otros intereses merecedores de protección*”.

econômica¹⁹². E um forte indicativo da ofensividade da lavagem de capitais à ordem econômica é a existência, no plano internacional, de previsões de sanções econômicas aos países que deixarem de criar mecanismo de enfrentamento à lavagem (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 87). Essa compreensão acentuaria, portanto, a autonomia da lavagem em relação ao delito anterior e justificaria, também, a desnecessidade de um rol taxativo dos possíveis crimes antecedentes, pois, independentemente da natureza desses, o que se buscaria evitar é a afetação da ordem econômica com qualquer recurso de procedência ilícita¹⁹³.

Para alguns defensores desta corrente, a ordem econômica constituiria o verdadeiro bem jurídico protegido pelo delito de lavagem¹⁹⁴, ao passo que, para outros, ela seria, ao lado da administração da Justiça, um de seus objetos de proteção¹⁹⁵. Há, ainda, aqueles que admitem que a lavagem pode atingir a ordem econômica, mas que não a consideram o bem jurídico tutelado pelo delito, porque essa lesão ocorreria apenas de modo eventual (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 89-90).

A ordem econômica, porém, protege um enorme plexo de objetos e interesses (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 22). Dentre eles, encontram-se a livre iniciativa, as relações de consumo, o sistema concorrencial, a transparência das atividades econômicas, a política monetária, a higidez do sistema financeiro etc. (*ibidem*, p. 22). Mas, para que se saiba se a ordem econômica é o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais, é preciso delimitar, especificamente, quais desses objetos poderiam ser prejudicados pelo delito em comento¹⁹⁶. E, dentre todos os objetos acima explicitados, parece-nos que a lavagem é potencialmente ofensiva à livre concorrência¹⁹⁷, que representa a “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública” (GRAU, 2018, p. 205). A respeito do enorme valor social da livre concorrência, e rememorando uma exposição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Eros Grau (*ibidem*, p. 206) destaca que:

¹⁹² Acerca dos possíveis aspectos da ordem econômica lesados pela lavagem, cf. Horta e Teixeira (2009, p. 23-25).

¹⁹³ Sobre a compreensão da ordem econômica como bem jurídico tutelado pela lavagem, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 87) aponta que ela “está em consonância com o movimento legislativo de ampliação do rol de crimes antecedentes. Se o bem protegido pela norma penal é a ordem econômica, não há razão para fixar um rol taxativo de crimes antecedentes”.

¹⁹⁴ Assim defendem Callegari e Weber (2017b, p. 3), Barros (2017, p. 45), Pitombo (2003, p. 77) e Bitencourt (2016, p. 445).

¹⁹⁵ Assim o fazem Mendroni (2015, p. 81) e Sanctis (2008, p. 33).

¹⁹⁶ Em relação à necessidade de delimitação do bem jurídico ordem econômica (VERDE, 2016, p. 74).

¹⁹⁷ No mesmo sentido, cf.: Cordero (2015, p. 320); Badaró e Bottini (2016, p. 89), Horta e Teixeira (2009, p. 22) e Podval (2011, p. 1.030). A respeito da afetação da ordem econômica pela lavagem de capitais, Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 321) informa sobre estudos realizados na Itália a respeito da influência da atividade mafiosa na economia local. Como principal conclusão de tais estudos, concluiu-se que a lavagem de dinheiro põe em sensível perigo a livre concorrência (*ibidem*, p. 321).

A livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

Desse modo, a inserção de capitais ilícitos na economia tem o condão de afetar a igualdade de concorrência entre os atores econômicos, na medida em que a utilização desses recursos – livres de tributação e outros encargos incidentes sobre as atividades legais – desequilibra o poder concorrencial em prejuízo dos atores de mercado que operam de maneira lícita (CORDERO, 2015, p. 323; HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 22). Atinge-se, assim, a confiança de que os demais concorrentes também cumprirão as normas impostas ao mercado (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 22)¹⁹⁸ e, em última instância, a reiteração da atividade de lavagem é capaz de levar um determinado mercado a ser inteiramente dominado por agentes relacionados, direta ou indiretamente, a práticas delitivas (CORDERO, 2015, p. 323; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 89). Nesse contexto, é de se reconhecer, como bem pontuado por Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 89), que “a insegurança de um sistema que admite – ou facilita – o uso de produtos ilícitos afasta investidores e empreendimentos limpos, causando, no médio e longo prazo, a redução das atividades econômicas”.

Contudo, não compreendemos que a higidez do sistema financeiro seja um dos objetos protegidos pela lavagem, uma vez que, como apontado por Frederico Horta e Adriano Teixeira, “a imensa maioria das utilizações desse sistema para ocultar ou dissimular a origem ou disposição de valores provenientes de crime não têm potencial de lhe perturbar o funcionamento” (2009, p. 23). Além do mais, a aferição de resultados lesivos ao sistema financeiro é extremamente incerta (*ibidem*, p. 24), sendo difícil verificá-la mesmo naqueles casos em que a lavagem é praticada em grandes escalas¹⁹⁹. Igualmente, também não enxergamos a estabilidade monetária como objeto jurídico da lavagem de capitais, pois somente a sua prática em dimensões monumentais resultaria em uma efetiva possibilidade de desestabilização da moeda²⁰⁰.

¹⁹⁸ Para Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 322), “*la economía de mercado se basa en la confianza en el principio de libre competencia. Las actividades económicas solamente tienen sentido cuando se garantiza que también los competidores se atienen a las mismas reglas, esto es, que existen posibilidades reales de hacerse respetar en el mercado. Este equilibrio se altera cuando el competidor dispone de un inagotable capital de origen delictivo.*”

¹⁹⁹ A respeito das críticas quanto aos supostos efeitos macroeconômicos da lavagem de capitais, cf. Cordero (2015, p. 333-335).

²⁰⁰ Conforme exposto por Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 318-319), o exemplo por excelência de afetação da estabilidade monetária por atos de lavagem de dinheiro diz respeito ao caso que se deu na Colômbia, nos anos 90, em razão da atuação do Cartel de Medellín.

Portanto, e embora concordemos que a ordem econômica até pode ser afetada pela lavagem, vislumbramos a sua potencial ofensividade restringida à sua aptidão para, em certos casos, e somente neles, lesionar a livre concorrência.

3.2.4. O nosso posicionamento: a lavagem de dinheiro como um delito contra a administração da Justiça

Se, por um lado, manifestamos a compreensão de que a lavagem de dinheiro afeta a administração da Justiça, precisamente na sua dimensão que envolve a “pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime” (GODINHO, 2001, p. 184 e ss. *apud* CAEIRO, 2003, p. 1.086), por outro, reconhecemos a sua capacidade para lesionar, em alguns casos, a ordem econômica, especificamente no que diz respeito à livre concorrência. No entanto, enxergamos na administração da Justiça o bem jurídico penalmente tutelado pela lavagem de dinheiro, revelando-se a ordem econômica apenas como um bem indiretamente protegido.

De fato, não se pode afastar a potencial ofensividade da lavagem de dinheiro à ordem econômica, notadamente à livre concorrência. Contudo, essa potencial ofensividade da lavagem nem sempre se materializa, quando de sua prática, em uma efetiva lesão à livre concorrência (e, por conseguinte, à ordem econômica), já que essa costuma ocorrer apenas quando da terceira fase da lavagem (a de integração) (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 92). Mais que isso: em inúmeros casos – quiçá a maioria deles – a lavagem se caracteriza sem que ocorra qualquer afetação concreta à ordem econômica (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 24-25; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 90).

É o que se dá, por exemplo, no caso do agente que, tendo obtido recursos provenientes de um determinado crime, os utiliza para comprar, em condições compatíveis com as de mercado, um determinado veículo em nome da empresa de uma interposta pessoa ou no caso em que tais recursos são ocultados através de depósito na conta da empresa fantasma de algum “laranja”²⁰¹. Em todos esses casos, não se vislumbra uma atividade capaz de afetar (ou mesmo de colocar em perigo) a livre concorrência, isto é, não se vê nenhuma ameaça de lesão à ordem econômica. Mas, ainda assim, poucos autores deixariam de reconhecer a caracterização da lavagem em tais exemplos. E isso por uma única razão: embora não haja, nos casos citados, uma afetação à ordem econômica, há uma clara lesão à administração da Justiça (BADARÓ;

²⁰¹ Em sentido semelhante, vide Badaró e Bottini (2016, p. 90).

BOTTINI, 2016, p. 90), uma vez que o escamoteamento do produto criminoso lesiona a pretensão estatal de perseguir e reaver o produto criminoso.

Nesses casos – e em tantos outros similares –, há o reconhecimento da lavagem de dinheiro em relação a condutas, que não chegaram sequer a colocar em perigo a ordem econômica, revelando que é a administração da Justiça o bem jurídico precipuamente tutelado pela lavagem. A ordem econômica, quando afetada, evidentemente integra e agrava o conteúdo de injusto da lavagem de dinheiro, mas, como esse delito pode se consumir – e frequentemente se consuma – sem que ocorra nenhum perigo de lesão à ordem econômica, não nos parece que seja esse o bem jurídico diretamente protegido pela lavagem.

Poder-se-ia sustentar, em sentido contrário, a possibilidade de caracterização da lavagem sem que haja qualquer afetação à administração da Justiça. E, para vê-lo, bastaria olhar para o disposto no art. 2º, II, da Lei n. 9.613/98, que admite a ocorrência da lavagem ainda que o delito produtor tenha sido praticado em outro país (isto é: sem qualquer lesão aparente à administração da Justiça brasileira)²⁰². Ora, a administração da Justiça apresenta um marcante caráter nacional-estadual (CAEIRO, 2003, p. 1.096) e, por parte do Estado brasileiro, não há qualquer pretensão de confiscar o produto de um crime praticado no exterior se este não recair sobre a sua competência espacial. Dito de outro modo: não há como pretender-se o perdimento do produto de um crime que sequer está sujeito à lei brasileira, nos termos do art. 7º do CP. Por isso, a relevância penal da lavagem empreendida sobre o produto de um crime praticado no exterior, fora do alcance da lei brasileira, em tese poderia revelar a possibilidade de caracterização da lavagem sem que haja qualquer lesão à administração da Justiça brasileira²⁰³.

À vista disso, a relevância penal da lavagem praticada sobre o produto de um crime realizado no exterior poderia revelar uma só coisa: a tutela da ordem econômica nacional, na dimensão que toca à livre concorrência, porque de todo indesejável a entrada e o emprego dissimulado, em nossa economia, de recursos criminosos advindos do exterior. E, assim, ter-

²⁰² Cf. “Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...)

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”. (BRASIL, 1998a).

²⁰³ Assim como a legislação brasileira, também o Código Penal Português criminaliza a lavagem de dinheiro ainda quando o delito produtor tenha sido praticado no exterior (Artigo 368.º -A, 4, do Código Penal Português (PORTUGAL, 2019a). Por isso, e reconhecendo que no dispositivo não se tutela a administração da Justiça portuguesa, Pedro Caeiro limita a realização do tipo de branqueamento aos casos em que o delito produtor tenha sido praticado em um país signatário da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção e Perda dos Produtos do Crime, pois haveria, aí, um compromisso – recíproco entre os países signatários – de mútua proteção da administração da Justiça dos Estados-parte. Segundo Pedro Caeiro (2003, p. 1101), “só nesses casos existe uma pretensão estadual relevante e digna de proteção, seja devido à consideração da realização da justiça portuguesa, seja por força da obrigação assumida por Portugal, naquela Convenção, de proteger, em termos análogos, a realização da justiça dos restantes Estados Partes contra o branqueamento”.

se-ia aqui um autêntico caso no qual a lavagem se caracterizaria apenas com a produção de um resultado lesivo à ordem econômica, sem qualquer afetação à administração da Justiça, deixando claro que a ordem econômica também constituiria um dos objetos diretamente tutelados pela lavagem.

Contudo, esta não nos parece ser uma forma correta de enxergar as coisas. Afinal, se não reconhecêssemos uma tutela à administração da Justiça estrangeira, por que a própria Lei n. 9.613/98 preveria a devolução dos ativos objeto de lavagem ao país onde tenha sido praticado o delito produtor (art. 8º da Lei n. 9.613/98²⁰⁴)? Se, nesse caso, a ordem econômica constituísse o único objeto de tutela da lavagem, por qual razão ainda aqui se exigiria um ato de mascaramento da proveniência ilícita do produto criminoso quando de sua inserção no Brasil? Isto é: por que não se criminaliza o ingresso de recursos estrangeiros ilícitos sem uma ocultação ou dissimulação e incrimina-se justamente a entrada escamoteada de tais bens? Perguntas para as quais não vislumbramos nenhuma resposta convincente. Pensamos, então, que a lavagem empreendida sobre bens obtidos de um delito praticado no exterior também afeta, embora de modo não tão evidente, a própria administração da Justiça brasileira. Resta saber o porquê.

Devemos ressaltar, de início, que, como bem pontuado por Pedro Caeiro (2003, p. 1099), até mesmo em função da estadualidade da realização da Justiça, “os Estados só estão dispostos a proteger a realização da justiça de um Estado estrangeiro numa base consensual de reciprocidade”²⁰⁵, razão pela qual poderia parecer equivocado dizer que a nossa lei de lavagem teria conferido uma considerável proteção à administração da Justiça de todo e qualquer Estado estrangeiro, mesmo em relação àqueles que não dispensam o mesmo tratamento à administração da Justiça brasileira.

Além do mais, a tipificação da lavagem no Brasil (que não mais adota um rol taxativo de possíveis delitos produtores e nem mesmo qualquer proporcionalidade com a pena da infração penal anterior) é seguramente mais gravosa do que aquela realizada – se e quando realizada – por diversos outros países, o que nos levaria ao paradoxo de conferir, no âmbito nacional, uma proteção à administração da Justiça estrangeira maior do que aquela que lhe é dispensada por esses próprios países em seus respectivos ordenamentos. É possível, por

²⁰⁴ “Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção internacional, quando o governo do país da autoridade solicitante prometer reciprocidade ao Brasil.” (BRASIL, 1998a).

²⁰⁵ No Brasil, porém, a Lei 9.613/98 admitiu expressamente a possibilidade de persecução penal da lavagem mesmo quando o delito produtor tiver sido praticado em um país com quem não haja qualquer compromisso de reciprocidade (vide art. 8º, §2º, da Lei n. 9.613/98).

exemplo, que um agente pratique um delito em um país estrangeiro que não criminaliza a lavagem e, depois, trazendo o produto criminoso para o Brasil, acabe por lavá-lo aqui. Assim, e considerando que o próprio país estrangeiro não dispensa uma tutela tão incisiva à sua administração da Justiça (na medida em que não criminaliza a lavagem), o que é que poderia justificar a caracterização desse delito quando cometido em solo nacional? Seria necessário ou legítimo conferir, no Brasil, uma proteção à administração da Justiça estrangeira maior do que aquela que é dispensada pelo próprio país titular de tal bem? Vejamos.

Nos termos da Convenção de Mérida (Dec. 5.687/06²⁰⁶) e da Convenção de Palermo (Dec. n. 5.015/04²⁰⁷), o Brasil se comprometeu a criminalizar a lavagem aqui ocorrida mesmo quando o delito produtor tiver sido praticado no exterior. Com isso, e ao menos em relação aos países que ratificaram tais instrumentos ou outros com esse mesmo sentido, a proteção da administração da Justiça estrangeira é feita com uma evidente reciprocidade, pois ela é protegida aqui, hoje, para que, amanhã, o país estrangeiro também esteja disposto a proteger a administração da Justiça brasileira²⁰⁸. Ou seja: quando se tutela a administração da Justiça estrangeira protege-se, em verdade, e ainda que de modo indireto, a própria administração da Justiça nacional. O problema surge, porém, quando se analisa a razão pela qual se deveria tutelar a administração da Justiça estrangeira de um país que, sem um compromisso de reciprocidade, não se proponha a fazer o mesmo pela administração da Justiça brasileira.

E, aqui, parece-nos que a razão para tanto reside, precipuamente, no interesse de combater as atividades criminosas transnacionais, notadamente – mas não apenas – aquelas empreendidas por organizações criminosas²⁰⁹. A nível mundial, aliás, a origem histórica da incriminação da lavagem insere-se justamente no contexto de enfrentamento a tais atividades (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 35). E criminalizar a lavagem que tenha por crime anterior uma infração praticada no estrangeiro é fundamental para evitar a expansão e consolidação de

²⁰⁶ Cf. art. 23, 2, c, do Dec. n. 5.687/06.

²⁰⁷ Cf. art. 6, 2, c, do Dec. n. 5.015/04.

²⁰⁸ Nesse sentido se manifesta Pedro Caeiro (2003, p. 1097), que, discorrendo sobre a legislação portuguesa, aponta que o compromisso mútuo de reciprocidade “implica, para os Estados Partes, uma obrigação de ampliar, não as regras de competência espacial das suas leis, mas sim o próprio objeto de tutela: cada Estado parte não pode limitar-se a proteger, através da incriminação do branqueamento, a *sua* pretensão à perda das vantagens ilícitamente obtidas (a realização da *sua* justiça), devendo antes proteger também as pretensões análogas de outros Estados”.

²⁰⁹ Pense-se numa organização criminosa que esteja “sediada” em um país que não se compromete a reprimir a lavagem que tenha como delito anterior uma infração praticada no estrangeiro, e lá produza entorpecentes que são distribuídos internacionalmente. Essa organização criminosa é responsável por traficar drogas nos EUA e na Argentina, e também por lavar uma parcela dos produtos criminosos obtidos em seu país sede no território brasileiro. Nesse caso, embora não haja uma previsão de reciprocidade entre o Brasil e o país onde está sediada aquela organização criminosa, é de interesse dos Estados norte-americano e argentino que o Brasil reprima a conversão dos ativos ilícitos aqui realizada, de modo a impedir que essa organização criminosa se fortaleça e continue a praticar crimes em seus territórios.

atividades criminosas transnacionais. Afinal, e como bem apontado por Frederico Horta e Adriano Teixeira, “a lavagem pode servir, como muitas vezes serve de fato, para gerir o capital de organizações criminosas, incrementar os seus recursos e, conseqüentemente, a promoção das suas atividades” (*ibidem*, p. 35).

Com efeito, quando se recusa punir a lavagem que tem por delito antecedente uma infração praticada em um país com quem não haja um compromisso de reciprocidade, termina-se por criar uma “porta de ouro” para o agente criminoso que tenha obtido um produto criminoso e queira lhe conferir uma aparência lícita. É que, em um mundo de fronteiras fluídas e de transações financeiras e comerciais cada vez mais complexas, não será difícil mesclar tais produtos ilícitos – obtidos no Brasil ou em um país com quem tenhamos um compromisso de reciprocidade – aos ativos provenientes de crimes praticados em um país com quem não tenhamos tal compromisso, dando a eles a aparência de que teriam sido integralmente obtidos nesse último país. Igualmente, em tal país os referidos recursos poderão ser empregados em novas atividades criminosas (inclusive na lavagem em cadeia), que resultarão em novos produtos ilícitos e que, por sua vez, serão, embora de modo não evidente, indiretamente provenientes da infração penal praticada no Brasil ou em um dos Estados compromissados com o nosso país. Assim, posteriormente tais recursos poderiam ser livremente lavados no Brasil sem qualquer persecução penal e a administração da Justiça brasileira (ou do Estado conosco compromissado) se veria sensivelmente lesada, porque efetivamente frustrada a pretensão de reaver aquele produto criminoso, inclusive com a omissão de uma atuação inibitória por parte do Estado brasileiro²¹⁰.

Por conseguinte, e independentemente do país de origem dos recursos ilícitos, é de interesse da administração da Justiça brasileira, que todos os Estados com quem tenhamos um compromisso de reciprocidade impeçam a conversão de tais recursos em seus territórios, porque, desse modo, se amplia consideravelmente as possibilidades de perseguir e recuperar os próprios ativos ilícitos originados em nosso país. E, assim como é de interesse da administração da Justiça brasileira que os Estados com quem tenhamos um compromisso de reciprocidade obstaculizem a conversão de quaisquer ativos ilícitos em seus territórios, também interessa à administração da Justiça de tais países, que façamos o mesmo, de modo a dificultar que os recursos ilícitos por eles perseguidos acabem por ser convertidos aqui. Uma vez mais, portanto,

²¹⁰ Fica claro, a essa altura, que quanto maior for o número de países que não reprime a lavagem que tenha como crime antecedente uma infração praticada no exterior, tanto maior será o número de destinos (ou opções) de que os agentes criminosos poderão se valer para converter os seus ativos ilícitos, isto é: tanto maior serão as possibilidades de se frustrar as legítimas pretensões estaduais de recuperação desses ativos, inclusive daqueles países que tenham um compromisso de reciprocidade entre si.

protegemos a administração da Justiça estrangeira para alcançar, indiretamente, a própria proteção da administração da Justiça nacional.

Ainda a respeito do reconhecimento dado pela Lei n. 9.613/98 à administração da Justiça estrangeira, é digno de nota que, mesmo em relação a um país com quem o Brasil não tenha um compromisso de reciprocidade, se determina a devolução de metade dos valores recuperados a esse país onde tenha sido praticado o delito produtor (art. 8º, §2º, da Lei n. 9.613/98²¹¹). E, se é assim, é porque a nossa legislação reconheceu a importância da pretensão estatal estrangeira de reaver aquele produto criminoso, tutelando-a (ainda que em menor medida²¹²) mesmo quando o referido país deixa de dispensar o mesmo tratamento à administração da Justiça nacional.

Portanto, entendemos que a lavagem de dinheiro é um delito que tutela, primordialmente, a administração da Justiça, especificamente no que toca à pretensão estadual de perseguir e reaver o produto criminoso, mas que, indiretamente, e de modo apenas secundário, também protege a livre concorrência, que é uma das dimensões da ordem econômica.

3.2.5. Consequência da posição adotada: necessidade de que o produto criminoso apresente um valor mínimo para que possa figurar como objeto material da lavagem

A consideração dos bens jurídicos penalmente tutelados pela lavagem impõe, pensamos, o enfrentamento de algumas questões, sob pena de uma injustificada incidência penal da lavagem sobre condutas que não afetam – e nem mesmo colocam em perigo – os bens jurídicos por ela tutelados. E uma dessas questões parece estar relacionada à fixação de um valor mínimo que o produto criminoso deve apresentar para que se possa caracterizar a lavagem. Vejamos.

A maneira com que se procedeu quando da edição da Lei n. 12.683/12, que modificou a Lei n. 9.613/98 para, entre outros pontos, extinguir o rol taxativo das infrações penais ditas antecedentes à lavagem, acabou por levar a um abrangente – e a nosso juízo indevido – alargamento do tipo penal, que passou a poder se realizar, indistintamente, com a prática de atos de ocultação ou dissimulação sobre o produto criminoso de toda e qualquer infração penal.

²¹¹ “Art. 8º O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º praticados no estrangeiro. (...)”

§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores privados sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.” (BRASIL, 1998a).

²¹² Afinal, existindo um compromisso de reciprocidade entre o Brasil e o país estrangeiro, devolve-se a esse último Estado a totalidade dos valores objeto de lavagem (art. 8º, §1º, da Lei n. 9.613/98).

A alteração legislativa não demonstrou, ainda, nenhuma preocupação em relação às penas possivelmente desproporcionais da lavagem em face daquela estabelecida no delito produtor. A crítica é conhecida e entoada por grandes nomes da literatura jurídica nacional²¹³.

Com efeito, e em que pese a relevância da administração da Justiça, não nos parece razoável a incidência típica da lavagem em toda e qualquer conduta que afete, ainda que minimamente, a pretensão estatal ao perdimento das vantagens do crime. A uma porque, ao contrário do que se passa com a lavagem, aos demais delitos que atentam contra a realização da justiça, não se destinam reprimendas tão severas, revelando que, embora se trate de uma dimensão relevante do bem jurídico, a finalidade de realização da justiça em regra não merece – e nem reclama – uma extraordinária proteção penal. E a duas porque, tanto mais por se tratar a lavagem (na forma do art. 1º, *caput*) de um crime de resultado (BRASIL, 2001a; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 122), deve ser possível, em alguma medida, mensurar a maior ou menor gravidade da lesão por ela causada à pretensão estadual de reaver o produto criminoso.

E, ao que nos parece, a pretensão estadual ao confisco do produto criminoso pode se manifestar, de maneira mais ou menos robusta, em vista de dois fatores. De um lado, essa pretensão pode se revelar mais incisiva quando se volta à persecução das vantagens de certos crimes, considerados de maior gravidade ou repugnância aos olhos da ordem jurídica e social. E a adoção de um rol taxativo dos possíveis delitos anteriores à lavagem demonstra justamente o maior ou menor interesse do Estado no perdimento de determinados bens, conforme o crime que lhes tenha dado origem. Por outro lado, pensamos que, assim como a pretensão punitiva se mostra maior ou menor de acordo com a gravidade (inclusive concreta) do crime, também a pretensão de perdimento do produto criminoso variará conforme a magnitude desse produto. Por isso, entendemos que a pretensão estatal ao confisco do produto criminoso pode se fundar em dois elementos: na gravidade da infração por trás do produto criminoso ou no montante da quantia obtida com o delito.

A nosso juízo, e em atenção ao princípio da intervenção mínima, o mais apropriado seria que o Legislador brasileiro tivesse restringido a possibilidade de caracterização da lavagem ao produto criminoso advindo de determinados delitos considerados graves ou ao menos ao produto criminoso que apresentasse um valor minimamente razoável. Contudo, não se adotou uma coisa e nem outra, com o que, aparentemente, abriu-se caminho à indesejável figura da

²¹³ Dentre tantos outros, cf.: Callegari e Weber (2017b, p. 119), Badaró e Bottini (2016, p. 100) e Rios (2012).

lavagem de “bagatela”²¹⁴. Vem a calhar aqui, então, a lição de Pedro Caeiro (2003, p. 1087-1088):

As manobras tendentes a impedir a perda das vantagens de origem criminosa só podem justificar uma punição autônoma quando projectem a frustração da pretensão estadual para níveis intoleráveis de insatisfação comunitária – é dizer, quando suscitem especiais necessidades preventivas.

Assim, e em que pese a extinção do rol taxativo dos delitos produtores, consideramos que, até mesmo em vista da gravíssima reprovação penal da lavagem, a sua incidência típica deve ser feita com enorme reserva e reticência, não se podendo admitir a realização dessa figura delitiva quando da ocultação ou dissimulação da origem ou propriedade de bens que apresentam um *valor insignificante*, isto é, não se podendo vislumbrar a ocorrência da lavagem nos casos em que se promove uma ofensa irrelevante à pretensão estadual de perdimento do produto criminoso ou à livre concorrência²¹⁵.

É certo que definir o montante tido como insignificante é tarefa das mais difíceis, mas nos parece desejável que o Legislador ou o Judiciário enfrentem o tema. E a discussão relativa à incidência do princípio da insignificância²¹⁶ seria oportuna, também, porque necessariamente envolveria a delimitação quanto ao bem jurídico tutelado pela lavagem.

Para aqueles que vislumbram o objeto jurídico da lavagem na ordem econômica, será preciso estabelecer um *quantum* até o qual se poderá considerar irrelevante a afetação que lhe

²¹⁴ Na Exposição de Motivos 692/MJ, apresentada em relação ao projeto legislativo que originou a Lei n. 9.613/98, consignou-se no item 24 a necessidade de limitação quanto às possibilidades de caracterização da lavagem, ali realizada através da adoção de um rol taxativo dos delitos produtores. Na ocasião, aduziu-se que: “24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo” (BRASIL, 1998).

²¹⁵ É interessante observar que, na legislação argentina, houve uma gradação da pena atribuída à lavagem em função da quantia do produto criminoso lavado. Cf.: “ARTICULO 303. - ...1) *Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.* (...)

4) *Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*” (ARGENTINA, 2011).

²¹⁶ Segundo Claus Roxin (2002, p. 73-74), o princípio da insignificância “*permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia*”. Embora nos pareça que à verificação do princípio da insignificância seja suficiente (e bastante) a análise da tipicidade material, o STF, conquanto admita a existência do princípio, condiciona a sua aplicação à i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (GALVÃO, 2015, p. 143).

é causada por esse delito²¹⁷, podendo-se vir a fixar, eventualmente, o mesmo *quantum* já firmado como parâmetro de insignificância nos crimes contra a ordem tributária (R\$ 20.000,00)²¹⁸, porque parece mesmo improvável que a lavagem de valores inferiores ao ali estabelecido possa causar alguma afetação à livre concorrência e, por conseguinte, à ordem econômica. De fato, pensamos que a lavagem de uma quantia inferior àquela a que o próprio Estado inclusive abre mão de executar não é capaz, *per se*, de provocar nenhuma ofensa penalmente relevante à ordem econômica, mantendo-se a conduta – ao menos à luz do tipo da lavagem – no campo da atipicidade material, porque absolutamente incapaz de gerar qualquer dano relevante à livre concorrência²¹⁹. E mais: se a sonegação de um valor inferior ao aqui explicitado tivesse o condão de afetar a livre concorrência, sequer se poderia reconhecer a sua atipicidade material nas defraudações tributárias promovidas em benefício de empresas, porque a ofensa não desprezível à livre concorrência integraria – e agravaria – o conteúdo de injusto do delito tributário.

No entanto, o *quantum* acima apontado talvez já não seja aceito por aqueles que, como nós, também enxergam na administração da Justiça o bem jurídico tutelado pela lavagem. É que, mesmo quando o produto criminoso apresenta um reduzido valor, a lavagem que recai sobre ele implica em alguma afetação – de irrelevância não tão evidente – à finalidade de realização da Justiça. Até pensamos, de nossa parte, que a pretensão estadual ao confisco do produto criminoso só se vê lesada a ponto de reclamar a incidência do tipo de lavagem quando frustrada de uma maneira muito gravosa²²⁰ e não vislumbramos, por ora, uma frustração penalmente relevante na ocultação ou dissimulação de um produto criminoso de valor inferior ao mínimo aqui apontado.

²¹⁷ Também nesse sentido, Marco Antônio de Barros (2017, p. 48) defende que, quando do recebimento da denúncia, “será necessário indagar se o lucro de origem ilícita (proveniente da prática de infração penal antecedente) expressa um valor ou montante relevante, suficiente para afetar prejudicialmente a estabilidade ou a credibilidade do sistema econômico ou financeiro”.

²¹⁸ O valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) foi alcançado a partir do parâmetro estabelecido pelo o art. 20 da Lei 10.522/02, combinado com a Portaria 75/12 da AGU (BRASIL, 2012a). Assim, diz Fernando Galvão (2015, p. 143), “com base em tais orientações administrativas, o Supremo passou a entender que as condutas que formalmente se enquadram na descrição do *descaminho* e que se referem a dívidas de valor igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) são materialmente insignificantes”.

²¹⁹ Como se sabe, o STF e o STJ consolidaram o entendimento no sentido de que são atípicos os crimes de natureza tributária (inclusive o *descaminho*) quando o valor sonegado não alcance aquele estipulado pela Fazenda pública como o necessário para o ajuizamento de ação de execução. Dentre tantos outros precedentes, cf. Brasil (2017p, 2014j).

²²⁰ Tanto é assim que o delito de favorecimento real, que também afeta a pretensão ao confisco do produto criminoso, constitui um crime de menor potencial ofensivo, revelando que a lavagem busca alcançar somente aqueles comportamentos que lesionam de uma maneira muito gravosa o interesse estadual no perdimento das vantagens do crime.

Não desconsideramos que há uma evidente distinção entre a pretensão arrecadatória e a pretensão ao perdimento do produto do crime e que há – e deve mesmo haver – um maior interesse na persecução das vantagens oriundas de um ilícito penal do que naquelas advindas de um ilícito cível. Mas, em princípio, nos parece absolutamente *desproporcional* que, na seara cível, o Estado deliberadamente deixe de perseguir a recuperação de produtos ilícitos inferiores a um determinado valor e, ao mesmo tempo, criminalize gravosamente o escamoteamento de valores inferiores ao previsto naquele montante – e que em outra seara ele sequer perseguiria – apenas porque advindos de um ilícito penal.

Contudo, tais ideias evidentemente merecem enorme reflexão doutrinária e jurisprudencial, e o que nos parece certo, tão somente, é que há de ser firmado um entendimento quanto ao bem jurídico penalmente tutelado pela lavagem e, em vista desse bem, definido o valor mínimo do produto criminoso, cuja ocultação ou dissimulação é penalmente relevante, porque caracterizadora de uma lesão não desprezível ao bem jurídico protegido.

3.3. Breves aspectos típicos do delito de lavagem de dinheiro

Nas reflexões que vão adiante, explicitaremos, sucintamente, os aspectos típicos da lavagem que nos parecem mais relevantes à apreciação de um concurso de crimes que envolva esse delito. Não pretendemos apresentar aqui uma exposição pormenorizada dos elementos que compõem o tipo de delito da lavagem. Muitos autores já o fizeram, bem e melhor do que poderíamos fazer. Por isso, seguiremos apenas com o propósito de explicitar os caracteres de tipicidade objetiva e subjetiva da lavagem que consideramos essenciais ao referido delito. Adiante.

3.3.1. Das condutas descritas no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/98

Já dissemos acima, que a lavagem de dinheiro se traduz, essencialmente, em uma conduta voltada a ocultar ou dissimular determinadas características de um produto criminoso, com a finalidade de mascarar a sua proveniência ilícita. E, se os atos típicos de lavagem são aqueles que recaem sobre o produto advindo de uma infração penal, tem-se aqui, então, uma primeira exigência típica da lavagem: a da prática de uma infração penal que gere algum produto criminoso. É precisamente essa, aliás, a origem e a razão do caráter acessório da lavagem: apesar de se tratar de um delito autônomo, ela apresenta uma relação de acessoriedade

com uma outra infração (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 98; FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.100).

A expressão “infração penal”, elemento normativo do tipo, deve ser compreendida com base no disposto no art. 1º do Dec.-lei n. 3.914/41, que considera infrações penais os crimes e as contravenções. Não estão abarcados no tipo da lavagem, portanto, os bens obtidos a partir de ilícitos civis, tributários ou administrativos, que também não constituam uma infração penal (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 101).

Sabe-se que, à luz da teoria analítica do crime, a infração penal diz respeito a uma conduta típica, ilícita e culpável. Contudo, no que importa à lavagem, basta uma conduta típica e ilícita para que se tenha por configurada a exigência típica de um delito produtor, de nada importando a culpabilidade do agente pela realização desse injusto penal (PITOMBO, 2003, p. 118-119). E isso porque, embora de nossa parte adotemos a teoria tripartite do crime, parece-nos claro, que o legislador brasileiro seguiu uma concepção dualista do crime, que o considera realizado com uma conduta típica e ilícita, enxergando na culpabilidade apenas uma condição de punibilidade (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 103). É isso o que sugerem diversos dispositivos do Código Penal, que se, de um lado, reconhecem que não há crime quando o fato é praticado ao abrigo de alguma causa excludente de ilicitude (art. 23 do CP), por outro, consideram isentos de pena os inimputáveis (art. 26 do CP), quem atua em erro de proibição (art. 21 do CP) ou em completa embriaguez por motivo de força maior (art. 28, II, §1º do CP). Dá-se a entender, assim, que as excludentes de culpabilidade não afastam a caracterização do crime, limitando-se a isentar de pena o autor.

Dito isso, estamos em condições de concluir que a exigência típica de um delito produtor estará satisfeita com a existência de um injusto penal que gere algum produto criminoso²²¹. É preciso frisar, no entanto, que só poderão figurar como possíveis delitos produtores aquelas infrações penais que, de fato, apresentem a capacidade de criar algum produto ilícito, isto é, aquelas infrações que efetivamente possam ou causar um acréscimo patrimonial ou evitar-lhe um decréscimo (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 116-117). Precisamente por esta razão, não vislumbramos que a evasão de divisas (art. 22 da Lei n. 7.492/86) possa figurar como um possível delito produtor, porque a simples ausência de declaração da operação de câmbio à repartição competente não é capaz de provocar, por si só, qualquer acréscimo ou decréscimo ao patrimônio do agente, não surgindo daí nenhum produto criminoso²²². Igualmente, consideramos que o instrumento utilizado para a prática do delito não caracteriza um produto

²²¹ No mesmo sentido, cf.: Sanctis (2008, p. 40), Carli (2013, p. 229); Badaró e Bottini (2016, p. 110).

²²² Também nessa linha, cf. Mendroni (2015, p. 314).

do crime, porque a sua existência não apresenta nenhuma relação de causalidade com o delito realizado (MAIA, 2004, p. 62). E justamente porque admitimos como delitos produtores aqueles que impedem a efetivação de um decréscimo ao patrimônio do agente, também aceitamos que inclusive os delitos omissivos podem figurar no rol dos possíveis delitos produtores. Contudo, em tais casos, é preciso aferir – através de um juízo hipotético de eliminação – a *causalidade* entre a realização do delito omissivo e a evitação de um decréscimo patrimonial (CORDERO, 2015, p. 512).

Já no que diz respeito ao produto criminoso obtido com o delito produtor, isto é, o objeto material da lavagem, poderão ser objeto dos atos típicos de lavagem todos os *bens, direitos ou valores* provenientes (direta ou indiretamente) da infração penal (BARROS, 2017, p. 35; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 109)²²³. Aliás, a Convenção de Palermo²²⁴ define como *bens* os “ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos” (art. 2, “d”).

E se os atos típicos de lavagem são aqueles que recaem sobre os bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, então é necessário comprovar a efetiva origem infracional do produto ocultado ou dissimulado para que se tenha a caracterização da lavagem (PITOMBO, 2003, p. 11; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 101). Vale dizer: é preciso demonstrar que os bens lavados são, exatamente, o mesmo produto obtido com a prática do delito produtor. Por isso, muito se discute a respeito dos casos em que a lavagem recai sobre uma quantia composta tanto por recursos lícitos quanto pelo produto criminoso. A título ilustrativo: o agente que possui em sua conta bancária R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) lícitos e outros R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) advindos de um determinado crime; e remete R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para uma *offshore* em nome de um laranja, visando, com isso, ocultar a propriedade de tais valores, terá cometido lavagem de dinheiro?

Nesses casos em que se verifica a mescla entre o produto criminoso e recursos lícitos, abrem-se três possibilidades: considerar que (i) toda a quantia pode ser objeto material da lavagem, porque ao menos parcialmente obtida de maneira criminosa (teoria da contaminação total); (ii) nenhum valor dessa quantia poderá ser objeto material da lavagem, porque ao menos uma parcela possui origem lícita (teoria da descontaminação total); (iii) apenas a quantia

²²³ Quanto ao ponto, concordamos com Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 63) que “a paga pela perpetração do crime primário, qualquer que seja sua natureza, não é – em sentido estrito – produto de um *iter criminis*, mas, enquanto perspectiva de ganho, condição ou estímulo para sua prática e, eventualmente, se recebida, proveito resultante de sua concretização”.

²²⁴ Promulgada no Brasil através do Decreto n. 5.015/04.

proveniente de infração penal poderá ser objeto material da lavagem (teoria da contaminação parcial) (CORDERO, 2015, p. 447). E, ao que nos parece, assim como seria manifestamente desarrazoado considerar que a mescla de uma imensa quantia criminoso a um pequeno montante lícito seria hábil a descontaminar todos os valores ilícitos, também seria absolutamente desproporcional considerar que uma pequena quantia ilícita seria capaz de macular todo um numerário legítimo. Sob o prisma do *in dubio pro reo* e sem um necessário juízo de certeza, não seria correto presumir que o agente teria atuado justamente sobre a parcela proveniente de crime e não sobre aquela legítima (*ibidem*, p. 520). O caminho está, portanto, na teoria da contaminação parcial, que considera ilícita apenas a parcela correspondente ao montante do produto criminoso, em que pesem as dificuldades de prova apresentadas por esse modelo (*ibidem*, p. 453; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 114). Afinal, tanto a Convenção de Viena (Dec. 154/91)²²⁵ quanto a Convenção de Palermo (Dec. 5.687/06)²²⁶ apontam a necessidade de se distinguir o montante lícito daquele oriundo de uma infração penal.

Assim, diz Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 114), “constatado que o patrimônio do suposto agente de lavagem de dinheiro é composto por uma parcela lícita, é possível que os recursos mascarados provenham desta parte, sendo ônus da acusação provar o contrário”. Nos demais casos de mescla, só será possível considerar com o necessário juízo de certeza que o agente lavou um produto ilícito se verificado, no caso concreto, que a parcela dos bens objeto de ocultação ou dissimulação é maior do que aquela a que corresponde a parcela legítima da quantia mesclada (CORDERO, 2015, p. 520). Por exemplo: se o agente possui em sua conta bancária R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) lícitos e outros R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) advindos de um determinado crime; e remete R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para uma *offshore* em nome de um laranja, visando, com isso, ocultar a propriedade de tais valores, ter-se-á, com certeza, que ao menos R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) dos recursos ocultados eram provenientes de crime. Por outro lado, se ele tivesse remetido apenas R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ainda seria possível que os valores remetidos constituíssem apenas a parcela legítima do numerário depositado em sua conta bancária, afastando o necessário juízo de certeza quanto à proveniência criminoso dos bens ocultados.

²²⁵ Cf.: “6 - a) Quando o produto houver sido transformado ou convertido em outros bens, estes poderão ser objeto das medidas, mencionadas no presente Artigo, aplicáveis ao produto.

b) Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.” (BRASIL, 1991).

²²⁶ “5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.” (BRASIL, 2006).

Ultrapassada a discussão quanto ao possível objeto material da lavagem, podemos analisar, agora, os atos que caracterizam esse delito. Os atos típicos de lavagem são aqueles que *ocultam* ou *dissimulam* a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do produto criminoso (CARLI, 2013, p. 233-234). Trata-se de um tipo penal misto alternativo, em que a realização de qualquer um dos núcleos do tipo é suficiente para a caracterização da infração, embora a prática das duas nucleares típicas em um mesmo contexto não dê lugar a uma pluralidade delitiva (MAIA, 2004, p. 65; BARROS, 2004, p. 102; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 119). Assim, e nos termos expostos por Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 65), a conduta típica é a de:

Ocultar (esconder) ou *dissimular* (encobrir) a *natureza* (a essência, a substância, as características estruturais ou a matéria), *origem* (procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido), *localização* (a situação atual, o lugar onde se encontra), *disposição* (qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita), *movimentação* (no sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis) ou *propriedade* (domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono) de *bens, direitos e valores* (objetos materiais do crime).

A conduta de *ocultar*, que representa a primeira fase da lavagem (BARROS, 2017, p. 76; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 119), “significa esconder, tirar de circulação, subtrair de vista” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 119)²²⁷. Tem-se, a título ilustrativo de tal conduta, o depósito de valores ilícitos em contas de laranjas ou a realização de sucessivas transações financeiras em valores reduzidos, de modo a não despertar a atenção dos agentes bancários e autoridades estatais (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 119). Ao seu turno, a conduta de *dissimular*, que corresponde à segunda etapa do processo de lavagem (*ibidem*, p. 119), denota o “disfarçar, mascarar, fraudar, escamotear ou alterar a verdade” (MAIA, 2004, p. 66). É o que se dá, por exemplo, quando da realização de empréstimos simulados, de sucessivas operações de compra e venda de imóveis por valores artificiais ou quando se declara a prestação de serviços por valores maiores do que aqueles efetivamente recebidos²²⁸.

A essa altura, porém, é importante assinalar que o aperfeiçoamento do crime descrito no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/98 exige a efetiva ocultação ou dissimulação de alguma das verdadeiras características do produto criminoso (CARLI, 2013, p. 234). Nesse passo, a simples utilização do produto criminoso não configura o delito em tela, porque indispensável a concretização de um efetivo ato de ocultação ou dissimulação (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 120-121). Daí a lição de Pierpaolo Bottini (*ibidem*, p. 120-121):

²²⁷ No mesmo sentido, cf. Barros (2017, p. 76).

²²⁸ Em sentido semelhante, Badaró e Bottini (2016, p. 119).

Se o agente utiliza o capital procedente da infração para comprar imóvel, bens ou o deposita ou transfere para conta corrente, no Brasil ou no exterior, em seu próprio nome, ou em empresas, fundações ou *trusts* nas quais consta abertamente como instituidor, não existe o crime em discussão. O mero usufruir do produto infracional não é típico. Aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto crime, ato irrelevante para a administração da Justiça.

Ainda segundo o autor (*ibidem*, p. 121), a “mera ocultação material dos bens não é lavagem de dinheiro – o crime apenas se materializa com o mascaramento de *certas circunstâncias* relativas a eles, como a natureza, a origem, a localização, o destino, o movimento ou os direitos”. O ato típico de lavagem exige, portanto, um atuar que dê a entender algo que não é, ou seja: uma conduta que mascare a verdade sobre alguma circunstância do produto criminoso.

Por isso mesmo, Carla Veríssimo de Carli (2013, p. 231) aponta que o processo de lavagem de dinheiro consiste nas “operações que são realizadas com o propósito de ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens ou valores”. É de se registrar, aqui, aliás, que a Convenção de Mérida (Dec. n. 5.687/06) e a Convenção de Palermo (Dec. n. 5.015/04) caracterizam a lavagem como “ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos”²²⁹.

Assim, entendemos que a ocultação ou dissimulação de uma das características do produto criminoso só pode ser efetivamente realizada através de um instrumento ou meio capaz de consignar, registrar ou apresentar fatos juridicamente relevantes (sistema bancário, contábil, fiscal, cartorário etc.), pois só através de um tal meio ou instrumento, o agente poderá efetivamente mascarar a verdade sobre as circunstâncias relativas ao produto criminoso²³⁰.

²²⁹ Vide art. 6, 1, a, ii, do Dec. n. 5.015/04 (BRASIL, 2004c).

²³⁰ Analisando o tema, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 122) aponta que, se alguém obtém um produto criminoso e o esconde para depois usá-lo na aquisição de bens de consumo pessoal em seu próprio nome, oculta o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não realiza o delito de lavagem, porque não busca conferir uma aparência lícita a tais bens. No entanto, se esse mesmo agente enterra o dinheiro e solicita a um doleiro “providências para uma transação por dólar cabo com a disponibilização da mesma soma em moeda estrangeira no exterior, em conta de terceiro, haverá lavagem de dinheiro consumada, pois além da ocultação, existe o elemento subjetivo do tipo, intenção transcendente de mascaramento via conta exterior”. (*Ibidem*, p. 122). Embora concordemos com os resultados alcançados, consideramos que a razão para a caracterização da lavagem apenas no segundo caso, e não no primeiro, reside não no *aspecto subjetivo* das condutas, mas sim e já no *âmbito do tipo objetivo*: no primeiro exemplo, o agente se limitou a ocultar fisicamente o produto criminoso, sem qualquer outro ato de ocultação através de um instrumento ou meio capaz de consignar fatos juridicamente relevantes; ao passo que, no segundo caso, a ocultação física do produto veio acompanhada de um ato de mascaramento adicional, praticado através de um meio hábil a apresentar fatos juridicamente relevantes (sistema bancário).

Em um exemplo: no “*smurfing*”, o agente realiza, através de um meio capaz de consignar fatos juridicamente relevantes (sistema bancário), diversas operações hábeis a ocultar a verdadeira natureza e movimentação de um determinado produto infracional. Mas, se o agente tivesse simplesmente transportado os valores em espécie, levando-os em sucessivas viagens ao destinatário daqueles depósitos, pensamos que ele ainda não teria praticado nenhum ato típico de lavagem, porque não apresentada – e tampouco omitida – qualquer informação juridicamente relevante sobre a movimentação ali realizada. O que se teria, tão somente, é a movimentação física do produto criminoso, fora de um meio ou instrumento capaz de consignar fatos juridicamente relevantes. Nesse sentido, vale destacar ainda a lição de Sérgio Moro (2010, p. 42), para quem “a mera guarda ou movimentação física do produto do crime não configura o tipo do *caput* do art. 1º”. Igualmente, pensamos, a mera ocultação física do produto criminoso (enterrando-o, guardando na casa de um amigo etc.) jamais caracterizará, por si só, o delito de lavagem²³¹.

Assim, pensamos, aquele que, tendo escondido um produto criminoso, deixa de declarar a sua titularidade ao Fisco, não realiza um ato objetivamente típico de lavagem, porque a omissão da informação em relação à *propriedade* não representa uma omissão quanto à verdadeira *localização* (fisicamente ocultada) daquele produto. Por outro lado, quem está se retirando do país com um produto criminoso e, tendo o dever de fazê-lo, omite essa informação das autoridades competentes, realiza uma conduta que se amolda objetivamente ao tipo de delito da lavagem, porque omite uma informação juridicamente relevante – e devida – *especificamente* sobre a *movimentação também* fisicamente ocultada do bem.

Consideramos, então, que os atos objetivamente típicos de lavagem são aqueles que se realizam através de algum instrumento ou meio capaz de consignar, registrar ou apresentar fatos juridicamente relevantes. E mais: a ocultação física de alguma das características do produto criminoso (localização, movimentação, disposição) só realizará um ato objetivamente típico de lavagem se, *adicionalmente* a essa conduta, ou for apresentada alguma informação inverídica

²³¹ Em sentido contrário, Blanco Cordero (2015, p. 618) aponta que “*se podría interpretar que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del substrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. No se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito son materialmente escondidos. (...) No consideramos que sea ésta una interpretación acorde con la finalidad de la norma que pretende sancionar las conductas de ocultación, tanto de bienes como de derechos, que procedan de un delito. Ha de ser punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo*”.

especificamente em relação a essa característica fisicamente ocultada ou, quando devida, for omitida uma informação idônea sobre ela²³².

Retomemos. Ainda em relação à lavagem de dinheiro prevista no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/98, entendemos que se trata de um crime de resultado, porque a ocultação e dissimulação descritas no tipo produzem uma efetiva modificação naturalística em algum dos caracteres do produto criminoso (CARLI, 2013, p. 244; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 122)²³³. Afinal, não nos parece que há como ocultar ou dissimular a (verdadeira) natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do produto infracional sem alguma alteração no mundo exterior. Também nesse sentido, já se decidiu no STF que a lavagem de dinheiro é um crime de resultado, na medida em que mesmo “a ocultação é um evento ou resultado exterior à conduta de ocultação” (BRASIL, 2001a, p. 267).

Já no que toca à consumação da lavagem, entendemos que a figura delitiva aqui analisada diz respeito a um crime instantâneo de efeitos permanentes, mesmo no que se refere à modalidade *ocultação* (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 134-135)²³⁴. É que, uma vez promovida a ocultação ou dissimulação, é possível a manutenção do escamoteamento do produto criminoso sem que o agente precise prolongar ou mesmo renovar a sua conduta, isto é: o que há após a realização dos atos típicos de lavagem é apenas a manutenção dos efeitos da situação antijurídica criada por tais atos. Uma vez mais vem a calhar, então, o magistério de Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 135):

A característica principal do *crime permanente* não é a *disponibilidade da reversão* da lesão pelo autor, mas a *continuidade do comportamento delitivo ao longo do tempo*. Reale Jr. ensina que para reconhecer os *crimes permanentes* o elemento decisivo deve estar na *incriminação da conduta criadora da situação antijurídica e também da conduta que a mantém*. Na *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP) ou na *redução à condição análoga à de escravo* (art. 149 do CP) há uma *continuidade da situação antijurídica* que não decorre apenas da manutenção do *status quo*, mas da contínua afetação do bem jurídico por atos reiterados do agente delitivo. Há uma ação permanente voltada à *manutenção* da situação de injusto.

Pois bem. Explicitados alguns dos aspectos mais relevantes da tipicidade objetiva da lavagem, podemos passar a discorrer sobre os caracteres essenciais da tipicidade subjetiva do delito em comento. No Brasil, e ao contrário do que se dá com outros países (tais como a

²³² Está aí, aliás, uma flagrante distinção entre o delito de lavagem e o de receptação: enquanto nesse primeiro delito oculta-se a realidade sobre alguma das características da coisa criminoso, na receptação oculta-se a própria coisa. Existe, então, e já no plano objetivo, uma marcante diferença entre a ocultação típica de lavagem e a ocultação típica de receptação, porque a ocultação da coisa em si, desacompanhada de algum outro ato que mascare a sua verdadeira localização, movimentação ou disposição, não deve caracterizar um ato típico de lavagem.

²³³ Em sentido contrário, vide: Maia (2004, p. 81).

²³⁴ Em sentido contrário, sustentam que a lavagem é um crime permanente na modalidade ocultação: Sanctis (2008, p. 39) e Carli (2013, p. 245).

Espanha e o Chile), não se admite o aperfeiçoamento da lavagem na modalidade culposa, por absoluta ausência de previsão legal para tanto (*ibidem*, p. 138). O branqueamento somente poderá se caracterizar, portanto, na forma dolosa. Reconhecemos na lavagem, ainda, a exigência de um elemento subjetivo especial, consistente na intenção de conferir uma aparência lícita ao produto criminoso²³⁵. E é aqui que surge, então, o questionamento: quais formas de dolo podem dar lugar à realização da lavagem? Ou: o delito em tela admite o dolo eventual?

Na doutrina, alguns autores sustentam que a lavagem pode se aperfeiçoar tanto com o dolo direto quanto com o dolo eventual. Nesse sentido, Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 89) admite a lavagem praticada com dolo eventual por não existir no tipo “qualquer restrição, sob a forma de elemento especial constitutivo do dolo e indicativo de sua natureza (“sabe”, apontando dolo direto; ou “devia saber”, característico do dolo eventual)”²³⁶. Com efeito, deve-se reconhecer, para além disso, que a Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98 admitiu expressamente a ocorrência da lavagem com o dolo eventual²³⁷.

Por outro lado, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 141) defende que o tipo básico da lavagem somente se configura com o dolo direto, inadmitindo a realização típica com o dolo eventual. Em primeiro lugar, porque “a Exposição de Motivos que acompanha a lei não tem caráter de interpretação autêntica ou vinculante, e pode ser suplantada por outras formas de apreensão do sentido da norma penal, como pela interpretação sistemática ou normativa” (*ibidem*, p. 141). Igualmente, diz o autor, o tipo penal da lavagem não traz em si qualquer elemento que autorize a admissão do dolo eventual (tal como a expressão “deve saber”) e, em uma interpretação sistemática dos demais dispositivos penais brasileiros, o que se vê é que, quando “a prática delitiva pressupõe um estado anterior que integra a descrição típica, cuja ciência pode ser direta ou eventual, a abrangência das duas modalidades é sempre indicada diretamente no texto legal” (*ibidem*, p. 141).

De nossa parte, consideramos que o tipo básico da lavagem só pode ser realizado quando a conduta estiver animada por um dolo direto, não bastando à caracterização do tipo o dolo eventual²³⁸. É que, para além das razões já expostas, entendemos que a efetiva ciência quanto à proveniência ilícita dos recursos é indispensável ao aperfeiçoamento do crime, até porque, se admitido que a *suspeita* da procedência ilícita dos valores é suficiente à configuração da

²³⁵ (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 150). Assim também já se reconheceu no STF, como se vê à p. 42 do acórdão proferido nos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/MG. (BRASIL, 2014k).

²³⁶ No mesmo sentido, cf. Sanctis (2008, p. 49).

²³⁷ Assim dispõe o art. 40 da Exposição de Motivos 692/MJ, apresentada em relação ao projeto legislativo que originou a Lei n. 9.613/98. (BRASIL, 1998a).

²³⁸ Também assim: Mendroni (2015, p. 83) e Pitombo (2003, p. 136).

tipicidade subjetiva da lavagem, ter-se-á uma situação – de todo indesejável do ponto de vista de política-criminal – de enorme insegurança jurídica, notadamente para aqueles indivíduos que habitualmente operam com recursos de terceiros (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 141-142). Por fim, como reconhecemos na lavagem a exigência de um elemento subjetivo especial, consistente na intenção de conferir uma aparência lícita ao produto criminoso, não nos parece que essa finalidade específica pode se caracterizar quando o agente atua com um dolo apenas eventual²³⁹.

Explicitados os caracteres que julgamos fundamentais à compreensão do tipo básico da lavagem, podemos passar à análise de suas formas derivadas, tipificadas no §1º e §2º do art. 1º, da Lei n. 9.613/98.

3.3.2. Das condutas descritas no art. 1º, §1º e §2º, da Lei n. 9.613/98

No §1º do art. 1º da Lei n. 9.613/98, incrimina-se a conduta de “quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos”; “II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”; “III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”. De início, é de se ressaltar que, ao contrário do que feito no tipo básico da lavagem, não se incluiu aqui, como possível objeto material do delito, os bens, direitos ou valores *indiretamente* provenientes de infração penal. Assim, a incidência do dispositivo em comento nos parece restrita às condutas que recaiam sobre bens *diretamente* provenientes de infração penal²⁴⁰. Além do mais, e até mesmo pela expressa exigência de uma finalidade específica de mascaramento do produto criminoso, todas as modalidades de lavagem aqui explicitadas só podem ser realizadas quando animadas por um dolo direto, inadmitindo o dolo eventual (MENDRONI, 2015, p. 110; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 157)²⁴¹.

Em relação à *conversão em ativos lícitos*, ela se dá com a modificação dos bens diretamente advindos da infração penal em outros que possuam a aparência de um patrimônio legítimo (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 156; MAIA, 2004, p. 95). No entanto, e para além de se exigir, nessa modalidade, a intenção específica de conferir uma aparência lícita ao produto

²³⁹ Em sentido semelhante, Antônio Sérgio Pitombo aponta que “a intencionalidade de *ocultar* ou *dissimular* não dá abrigo à assunção de risco; ao contrário, exige ação com conhecimento prévio do crime-base, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico” (2003, p. 137).

²⁴⁰ Cf. Badaró e Bottini (2016, p. 155).

²⁴¹ Aliás, a própria Exposição de Motivos da Lei de Lavagem destaca, em seu art. 40, que, em relação aos delitos previstos no art. 1º, §1º, da Lei n. 9.613/98, “exige o projeto, nesses casos, dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para as hipóteses do *caput* deste artigo”. (BRASIL, 1998a).

criminoso (MORO, 2010, p. 41; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 156), pensamos que a aquisição de bens para consumo ou utilização do próprio autor do delito produtor não caracteriza a lavagem na forma aqui apresentada, porque a pretensão de se valer de recursos criminosos para si próprio é, em regra, inerente aos delitos capazes de gerar algum produto criminoso. A compra ou aquisição de bens para a própria utilização do autor do delito produtor dá lugar, então, apenas ao exaurimento desse delito.

Já no que toca ao art. 1º, §1º, inc. II, da Lei n. 9.613/98, tem-se aqui a previsão de diversas condutas típicas de lavagem. Quanto à conduta daquele *adquire, recebe, ou recebe em garantia* o produto criminoso, é preciso assinalar que a ação somente assumirá uma relevância penal caso animada pela finalidade específica de conferir uma aparência lícita ao produto criminoso adquirido ou recebido (BRASIL, 2011a; BARROS, 2017, p. 79). Para além disso, serão poucos os casos em que a previsão em comento poderá incidir sobre o autor da infração penal de que proveio o produto criminoso, porque, em regra, ele não poderá adquirir ou receber o produto ilícito por ele próprio auferido. As exceções surgem, porém, quando da realização de uma cadeia sucessiva de atos de lavagem e o mesmo produto criminoso retorna ao autor da infração penal dita antecedente (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 156).

Por sua vez, em relação à conduta tipicamente relevante daquele que *guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere* o produto criminoso, o delito se caracteriza quando tais ações forem praticadas com a intenção de mascaramento dos recursos ilícitos e desde que, objetivamente, as condutas previstas possam efetivamente ocultar ou dissimular alguma das características do produto criminoso (*ibidem*, p. 156). Precisamente por esta razão, não nos parece possível punir o autor do delito produtor pela *guarda* ou *depósito* em nome próprio ou de familiares de primeiro grau, assim como não vislumbramos a incidência do presente dispositivo na conduta daquele que, tendo praticado o delito produtor, o *movimenta* ou *transfere* para seus familiares, porque, do ponto de vista objetivo, não há, em tais condutas, qualquer ocultação do produto criminoso.

Por fim, no que se refere à conduta descrita no inc. III, do §1º, do art. 1º, da Lei n. 9.613, a comete aquele que *importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros*, com a específica finalidade de conferir uma aparência lícita ao produto infracional (MORO, 2010, p. 41). Com efeito, não se pode deixar de reconhecer a incisiva potencialidade da conduta aqui anunciada para a prática da lavagem, porque as dificuldades de fiscalização aduaneira tornam as operações de comércio internacional consideravelmente atrativas para a promoção desse delito, assim como para a prática de evasão de divisas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 157; MORO, 2010, p. 43). Sérgio Moro (2010, p. 43) adverte, no entanto, que, nessa

modalidade, “faz-se necessário que tal mecanismo seja utilizado não com o propósito único de obter ganhos fiscais ou evadir dinheiro, mas também de ocultar ou dissimular a origem e a natureza de produto do crime”.

Passando para o §2º do art. 1º da Lei n. 9.613/98, nele incrimina-se a conduta de quem “I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”.

Em relação à conduta descrita no inc. I, é de se assinalar que, como o Legislador retirou a previsão à origem “direta ou indireta” do produto criminoso, pensamos que a figura típica aqui explicitada tem por objeto material apenas os bens, direitos ou valores diretamente provenientes de infração penal (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 161). O tipo não é expresso quanto à admissibilidade de um dolo eventual nessa conduta. No entanto, deve-se lembrar que, na redação original da Lei n. 9.613/98, previa-se a realização do delito em tela apenas por parte de quem “sabe serem provenientes” de infração penal o produto criminoso utilizado na atividade econômica ou financeira²⁴². Assim, como a Lei 12.683/2012 extinguiu a referência à necessidade de “saber da procedência” ilícita dos bens utilizados, somos forçados a reconhecer o manifesto intuito de se admitir o dolo eventual nesta figura delitiva (MENDRONI, 2015, p. 112; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 162). Apesar disso, em que pese aceitar-se, aqui, o dolo eventual, não se abre mão de que a conduta penalmente relevante seja animada pela intenção de ocultar ou dissimular a proveniência ilícita dos recursos utilizados (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 164). Mesmo porque, sem essa exigência típica, seria mesmo muito difícil distinguir o simples uso ou aproveitamento do produto criminoso da conduta criminosa aqui analisada (*ibidem*, p. 164).

Finalmente, no que toca à conduta prevista no inc. II, tem-se aqui uma especial forma de concorrência de pessoas, buscando-se criar no dispositivo um delito de associação para a prática de lavagem (MAIA, 2004, p. 101). Exige-se aqui, portanto, “os elementos de estabilidade e integração (*affectio*) característicos de outros delitos associativos (*e.g.*, quadrilha e associação para o tráfico de drogas)” (*ibidem*, p. 102). No entanto, por mais que uma determinada pessoa participe de uma associação ou escritório sabendo que a sua atividade é voltada à prática de crimes de lavagem, nem só por isso se poderá vislumbrar uma relevância

²⁴² Cf.: “Art. 1º (...):

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;” (BRASIL, 1998a).

penal em sua conduta (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 166). Para tanto, será preciso mais: que se demonstre de sua parte uma *participação penalmente relevante* para a realização das atividades delitivas do grupo, associação ou escritório (MAIA, 2004, p. 101-102; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 166). A título ilustrativo: aquele que exerce a função de limpeza em um escritório de contabilidade voltado para à prática de lavagem participa, efetivamente, do referido escritório, mas nem por isso se vislumbra de sua parte qualquer atuação penalmente relevante para a realização das lavagens ali empreendidas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 165). Por isso, a figura delitiva em tela deve ser analisada à luz do disposto no art. 29 do CP, apenas “imputando a prática da lavagem de dinheiro àqueles que ostentam a qualidade de autores ou partícipes de tais atividades” (*ibidem*, p. 166).

3.4. Unidade e pluralidade na lavagem de capitais: entre a identidade e a diversidade de delitos

Já dissemos acima que um único *ato* poderá dar lugar a uma única *conduta*, mas que uma única *conduta* poderá ser formada, também, por uma pluralidade de *atos* (ROXIN, 2014, p. 945; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; JAKOBS, 1997, p. 1.077). E, no campo da lavagem de dinheiro, assume uma grande relevância prática a análise relativa à caracterização de uma unidade ou pluralidade de delitos de lavagem. E a principal questão envolvendo essa temática nos parece poder ser enunciada da seguinte forma: realizados diversos *atos* típicos de lavagem, eles darão lugar a uma unidade ou a uma pluralidade de delitos de lavagem²⁴³? Em um exemplo simplório: se um agente ocultar uma quantia oriunda de um produto criminoso na conta bancária de um terceiro (primeiro ato típico de lavagem) e depois dissimular o seu recebimento através de uma venda superfaturada para este laranja (segundo ato típico de lavagem), ter-se-á a caracterização de um ou de dois delitos de lavagem?

Uma resposta ao problema aqui posto passa, necessariamente, pela inquietante discussão relativa ao modo com que se deve contar os delitos. E, nas linhas que se seguiram, já expusemos que os crimes se contam a partir da análise da unidade ou pluralidade de injustos autônomos em um dado comportamento global²⁴⁴. A caracterização de um único injusto dá

²⁴³ Ou, nas palavras de Lobo Moutinho, “a questão está em determinar ao certo quando é que, em cada caso concreto, estamos perante uma pluralidade de actos de uma mesma ação (ou, mais latamente, comportamento criminoso) e quando é que, ao contrário, já não estamos perante um comportamento unitário” (2005, p. 496).

²⁴⁴ Ou, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 988-989), “é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acepção, de crimes”.

lugar à realização efetiva de um só crime, ao passo que haverá tantos crimes quantos forem os injustos autônomos em um determinado comportamento global. E a existência de um só injusto autônomo (ou unidade delitiva) ocorrerá quando se estiver diante de uma unidade típica em sentido estrito ou em sentido amplo, sem que o conteúdo desse injusto – daí porque autônomo – tenha sido abarcado pelo desvalor de um eventual outro injusto penal.

A unidade típica em sentido estrito se verifica quando (i) há uma simples e única realização do tipo penal, isto é, um cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo (aqui entram, portanto, os casos em que se realizam cumulativamente os pressupostos mínimos de distintos núcleos de um mesmo tipo penal misto alternativo) (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; AISA, 2004, p. 375); ou quando (ii) o próprio tipo impõe a reunião de uma pluralidade de atos em uma unidade de ação (caso do crime de roubo, em que o tipo reúne em uma só conduta dois distintos atos: aquele de violência ou grave ameaça e o ato de subtração de coisa alheia móvel) (ROXIN, 2014, p. 946)²⁴⁵.

Por sua vez, a unidade típica em sentido amplo se verifica quando o agente, ultrapassando aquele mínimo exigido à caracterização do tipo (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 767)²⁴⁶, o realiza de maneira reiterada (através de vários atos que, por si sós, já seriam suficientes para a caracterização delitiva) ou progressiva (por meio de sucessivos atos voltados à produção do evento) (MOUTINHO, 2005, p. 500). A título ilustrativo da realização reiterada do tipo²⁴⁷, tem-se a conduta daquele que, em um mesmo contexto, desfere sucessivos socos causadores de uma lesão corporal ou que profere múltiplas injúrias a um mesmo indivíduo (ALBERO, 1995, p. 122); e, como exemplo da realização progressiva do tipo, tem-se a conduta de quem desfere vários tiros em direção à vítima mas não a acerta e, sem munição, acaba por matá-la através de um estrangulamento²⁴⁸. Em todos esses casos, ter-se-á apenas uma única realização delitiva (ROXIN, 2014, p. 955; ALBERO, 1995, p. 130).

A essa altura, é fundamental lembrar que, em todos os casos em que se verifica uma unidade típica em sentido amplo (realização reiterada ou progressiva do tipo), é necessário que esteja presente: (i) uma estreita conexão espaço-temporal entre os atos; (ii) apenas uma

²⁴⁵ Nas palavras de García Albero (1995, p. 267): “*En estos supuestos, el tipo presupone necesariamente la reunión de varias “acciones naturales” en unidad valorativa*”.

²⁴⁶ Sobre o tema, Lobo Moutinho ressalta que, “como o tipo de crime, na sua descrição e valoração exaustivas do crime (e dentro dele, do facto), não se limita ao mínimo de elementos que seriam necessários à existência do crime, indo além dele para abranger o crime (e dentro dele o facto) na plenitude da sua estrutura concreta, não é por exceder o mínimo indispensável à sua existência que o facto perde a sua estrita identidade e unidade” (2005, p. 470).

²⁴⁷ Nesses casos, dizem Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 393), o relevante é que “a repetição do ato (para a unidade de ação) não modifique a natureza (qualidade) da lesão, embora se tenha o aumento dela (quantitativo, portanto)”.

²⁴⁸ Em sentido semelhante, cf.: Albero, 1995, p. 131; Jescheck e Weigend (2002, p. 768).

intensificação da lesão causada ao bem jurídico; e (iii) uma motivação unitária, decorrente de uma mesma situação fática e motivacional (ROXIN, 2014, p. 955-956). Assim, a ausência de qualquer um desses requisitos inaugura injustos de lavagem autônomos²⁴⁹. Vejamos, então, a forma com que essas exigências interferem no reconhecimento de uma unidade ou pluralidade de delitos de lavagem de dinheiro.

3.4.1. Do fundamento e limite do injusto da lavagem

Chegado até aqui, podemos voltar à pergunta inicial: realizados diversos atos (por si sós) típicos de lavagem, quando é que eles darão lugar a uma unidade ou a uma pluralidade de delitos de lavagem? A resposta parece depender de uma análise do caso concreto e, antes de mais nada, de uma delimitação quanto ao fundamento do injusto da lavagem: a proibição de se escamotear o produto de um certo crime para – e com a intenção de – conferir a ele uma aparência lícita. Assim, em que pese se tratar de um delito autônomo, a lavagem de dinheiro apresenta uma indiscutível relação de acessoriedade com um *determinado* delito produtor (e não com toda e qualquer infração penal)²⁵⁰, porque os atos típicos de lavagem afetam a específica pretensão estadual de confisco *daquele* produto criminoso e a administração da Justiça se vê lesada justamente no que toca à pretensão de reaver o produto infracional *daquele determinado* delito.

A relação da lavagem, portanto, não se dá com qualquer produto criminoso, mas sim com o produto de uma específica e determinada infração penal. Tanto é assim, que se exige, entre nós, a efetiva comprovação desse delito produtor para que se admita a ocorrência da lavagem (FRANCO; STOCO, 2002, p. 2.100; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 106). E é também justamente por isso, que se exige, ainda, a demonstração de um nexos causal entre o delito produtor, o seu produto ilícito e a posterior lavagem (CORDERO, 2015, p. 379; BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 106). Precisamente por isso, não basta dizer que o agente lavou um bem que sabia ser de origem criminosa: é necessário, para além disso, que ele soubesse de qual fato criminoso adveio o objeto sobre o qual recaíram os atos típicos de lavagem²⁵¹.

²⁴⁹ A esse respeito, Lobo Moutinho aponta que, “independentemente de outros aspectos, a pretensão de justificar a unidade do facto pela unidade de um dos seus elementos, momentos ou aspectos está, por definição, fatalmente destinada ao fracasso” (2005, p. 479).

²⁵⁰ Afinal, e como bem apontado por Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2002, p. 2.100), “não há como tipificar o crime de lavagem sem antes determinar, de forma clara e precisa, a existência da prática do crime antecedente, mesmo porque, sem este, não se poderá afirmar a existência da conduta típica do crime de lavagem de capitais”.

²⁵¹ A respeito do elemento cognitivo do dolo da lavagem, Blanco Cordero (2015, p. 803) ressalta que, embora não se exija do autor um conhecimento exaustivo sobre as circunstâncias do delito produtor, “*el conocimiento ha de*

À vista disso, parece-nos que o fundamento do injusto penal da lavagem está relacionado, intimamente, com a lesão causada à administração da Justiça com o escamoteamento do produto de uma específica e determinada infração penal. E se é esse o fundamento – e limite – do injusto penal da lavagem, então nos parece ser precisamente este o principal critério para se aferir, em uma determinada sequência de atos típicos de lavagem, a unidade ou pluralidade de delitos de branqueamento. Isto é: haverá tantos crimes de lavagem quantas forem as ofensas autônomas ao bem jurídico penalmente tutelado, e haverá uma ofensa autônoma à administração da Justiça em cada um dos diversos produtos criminosos que forem objeto de lavagem.

Poder-se-ia sustentar, em sentido contrário, que o tipo de delito da lavagem abrange, como possível objeto material, todo e qualquer recurso proveniente de infração penal, tornando ilegítima a consideração de uma multiplicidade delitiva de lavagens unicamente porque efetivada sobre produtos criminosos diversos. Sob esse prisma, bastaria que os diversos atos típicos de lavagem estivessem em um mesmo contexto para que se pudesse reconhecer a unidade delitiva. Essa posição, aliás, até melhor se coaduna com a compreensão de que o bem jurídico penalmente tutelado pela lavagem é, exclusivamente ou primordialmente, a ordem econômica, na medida em que os sucessivos atos típicos de lavagem, ainda que praticados sobre produtos criminosos diversos, limitariam-se a intensificar uma lesão já iniciada àquele bem jurídico. Contudo, para aqueles que, como nós, enxergam na administração da Justiça o bem jurídico tutelado pela lavagem, essa não parece ser uma compreensão adequada quanto ao limite do injusto da lavagem, porque existe, para cada produto criminoso, uma pretensão de confisco própria e autônoma que, quando lesada, provoca uma lesão também autônoma à administração da Justiça.

Postas as coisas nesses termos, parece-nos que, se o agente se limitar a praticar diversos atos típicos de lavagem sobre um mesmo produto criminoso, esses distintos atos representarão apenas um incremento da ofensa causada à administração da Justiça pelo primeiro desses atos e não ofensas autônomas ao bem jurídico penalmente tutelado. Em uma palavra: em relação ao bem jurídico protegido, a realização de diversos atos típicos de lavagem sobre um mesmo produto criminoso e em um mesmo contexto não inaugura ofensas *qualitativamente* distintas entre si, mas apenas uma lesão que lhe é *quantitativamente* maior.

recaer sobre la comisión de un delito previo, que se conecta con la procedencia delictiva de los bienes". Em sentido semelhante, vide: Badaró e Bottini (2016, p. 106).

Por isso, e desde que estejam em um mesmo contexto, os diversos atos típicos de lavagem que recaem sobre um mesmo bem não caracterizam, em princípio, ofensas autônomas ao bem jurídico penalmente tutelado. No entanto, se tais atos alcançarem produtos de distintos crimes, então a lavagem de cada um desses produtos ilícitos representará uma ofensa autônoma à administração da Justiça, porque existe uma pretensão estatal de confisco do produto criminoso própria e autônoma em relação a cada um dos específicos delitos produtores que lhes deram origem. Assim, os atos típicos de lavagem que atingem esses diversos produtos criminosos acabam por lesar, também, distintas pretensões estaduais de confisco do produto infracional, isto é, tais atos resultam em lesões diversas e autônomas à administração da Justiça, que se vê ofendida de maneira qualitativamente diversa em cada um dos produtos ilícitos que é objeto de lavagem.

A respeito do tema, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 119) sustenta que os atos típicos de lavagem realizados sobre um mesmo produto criminoso caracterizam, ainda, um único delito de lavagem:

Trata-se de crime de ação múltipla, com núcleos disjuntivos, de forma que a realização de qualquer das condutas concretiza a consumação. Inadmissível aqui 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. (...). 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 conduta²⁵².

Assim, somos levados a reconhecer que, desde que praticados em um mesmo contexto, os diversos atos típicos de lavagem sobre um mesmo objeto criminoso caracterizam um único delito de lavagem, porque não há aí a realização de ofensas distintas e autônomas ao bem jurídico tutelado, mas apenas um incremento da lesão que lhe foi causada. Nesse passo, vislumbramos um único delito de lavagem nos casos em que, em um mesmo contexto: (i) o agente *oculta* a localização do produto criminoso e, depois, *dissimula* a sua origem através de uma operação financeira fraudulenta; (ii) o agente *oculta* uma parcela do produto criminoso na conta bancária de um laranja e, em seguida, *oculta* a outra parcela em uma *offshore* em nome de terceiro.

Evidentemente, considerar que diversos (e sucessivos) atos típicos de lavagem podem dar lugar a um único crime de branqueamento não representa um tratamento não isonômico àquele que realizou o crime através de um único ato típico de lavagem, porque, embora haja a

²⁵² Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 65) aponta, por sua vez, que “a lavagem de inúmeros bens oriundos de um único crime caracterizará apenas uma violação penal se efetuada concomitantemente”.

imputação de um único delito para ambos, a pluralidade de atos típicos poderá agravar o conteúdo de injusto objetivo e subjetivo do delito, o que poderá ser valorado quando da dosimetria da pena (art. 59, do CP). Em uma imagem análoga: aquele que desfere um único tapa em um desafeto pratica, assim como aquele que desfere seguidamente dezenas de tapas, um único crime de lesão corporal (art. 129, do CP), embora o conteúdo de injusto dessa última lesão seja evidentemente mais grave e reprovável do que o da primeira. E é precisamente isso o que ocorre com o delito de lavagem praticado através de uma multiplicidade de atos por si sós típicos de lavagem de dinheiro.

Pois bem.

Dissemos atrás, que os atos de ocultação ou dissimulação empreendidos sobre um mesmo produto criminoso, e em um só contexto, dão lugar a um único delito de lavagem. Por outro lado, se o agente realizar, ainda que em um mesmo contexto, dois atos típicos de lavagem que recaírem sobre diversos produtos criminosos, então já não se poderá reconhecer a unidade delitiva, porque os atos típicos sobre cada um dos diversos produtos criminosos representarão, também, ofensas distintas e autônomas ao bem jurídico tutelado, na medida em que se terá frustrado as pretensões estaduais de confisco – próprias e autônomas – em relação à cada um desses distintos produtos infracionais. À luz dessa ideia, reconhecemos uma pluralidade de delitos de lavagem nos casos em que, ainda que em um mesmo contexto, o agente, tendo à sua disposição dois diversos produtos criminosos: (i) *oculta* um desses produtos na conta bancária de um laranja e, posteriormente, *oculta* o outro produto infracional em uma *offshore* em nome de terceiro; (ii) *dissimula* o recebimento de um desses produtos ilícitos através de uma venda superfaturada e, logo em seguida, *oculta* o outro produto criminoso em um imóvel em nome de terceiro; (iii) *oculta* um produto criminoso na conta bancária de uma empresa fantasma pertencente a um laranja e, depois, *oculta* o outro produto criminoso na mesma conta bancária.

Nesses casos, em que se terá uma pluralidade de delitos de lavagem por meio de condutas diversas, poder-se-á configurar tanto um concurso material (art. 69, do CP) quanto uma continuidade delitiva (art. 71, do CP)²⁵³, a depender das circunstâncias do caso concreto. Evidentemente, os crimes de lavagem realizados serão da mesma espécie (idênticos, aliás) e, se eles apresentarem semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução (art. 71, do CP), deverá ser reconhecida a continuidade delitiva entre eles. É o que se dá, parece-nos, em

²⁵³ Embora a Lei n. 9.613/98 tenha previsto, em seu art. 1º, §4º, que “a pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa”, concordamos com Marco Antônio de Barros (2017, p. 91), quando o autor defende que “se a Lei de Lavagem não traça o parâmetro quantitativo da forma reiterada, a reiteração de crimes de lavagem, quando apurada no caso concreto, deve ser punida pela via do crime continuado, aumentando-se a pena de um sexto a dois terços”.

relação ao caso do agente que, tendo à sua disposição diversos produtos criminosos (i) *oculta* um desses produtos criminosos em uma *offshore* em nome de terceiro, e, ao longo das semanas seguintes, *oculta* os demais produtos ilícitos também nessa *offshore*; (ii) *dissimula* a origem ilícita de um desses produtos criminosos através de uma venda superfaturada, fazendo o mesmo nas próximas semanas com os demais produtos infracionais.

E, como reconhecemos que o injusto penal da lavagem tem o seu fundamento e limite na lesão causada às autônomas pretensões de confisco de cada produto criminoso, somos forçados a reconhecer, também, que a lesão a essas distintas pretensões de confisco caracterizam, ainda que realizadas através de um mesmo ato, injustos de lavagem diversos e autônomos entre si, configurando tantos crimes de lavagem quantos forem os produtos ilícitos lavados. Ou seja: vislumbramos um concurso formal na conduta de quem lava, através de uma única ação, uma pluralidade de produtos criminosos²⁵⁴. É ainda evidente, mas não custa dizer, que a pluralidade de injustos de lavagem só ocorrerá se o agente efetivamente souber que está atuando sobre produtos criminosos oriundos de distintas infrações penais. Assim, enxergamos a caracterização de um concurso formal nos casos em que o agente, tendo à sua disposição dois produtos criminosos diversos: (i) em um só ato, *oculta* ambos os produtos ilícitos em uma conta bancária de uma empresa fantasma pertencente a um “laranja”; (ii) em um só ato, *dissimula* o recebimento dos produtos criminosos diversos através da prestação de um serviço por um valor superfaturado.

Alguns exemplos podem ser esclarecedores. O indivíduo que, tendo recebido R\$ 100.000,00 (cem mil reais) de uma só corrupção passiva, deposita metade da quantia na conta bancária de um terceiro, e a outra metade nessa mesma conta bancária dez dias depois, realiza, segundo pensamos, um único delito de lavagem, porque os dois sucessivos atos típicos recaíram sobre um mesmo produto criminoso, limitando-se a intensificar a lesão causada a uma só pretensão de confisco do produto infracional. No entanto, imagine-se que um indivíduo recebeu R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) oriundos de uma corrupção passiva, tendo-os depositado integralmente na conta bancária de um terceiro; e que, poucos dias depois, esse mesmo indivíduo recebeu outros R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), dessa vez advindos de um peculato, e também os depositou naquela mesma conta bancária. Ao contrário do que se passa no primeiro caso, vislumbramos aqui dois delitos de lavagem, porque escamoteados dois distintos produtos criminosos e lesadas, assim, duas diversas pretensões de confisco do produto

²⁵⁴ Mesmo em relação à receptação (art. 180, CP), colhem-se julgados no Superior Tribunal de Justiça admitindo a possibilidade de um concurso formal entre duas receptações quando receptadas, em uma só conduta, duas coisas criminosas. (BRASIL, 2017k e 2013a).

infracional. Mas, se esse mesmo indivíduo recebe os R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) da corrupção e os R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) do peculato na mesma semana, e os deposita de uma só vez na conta bancária do sobredito laranja, somos forçados a reconhecer, por coerência, dois delitos de lavagem (em concurso formal), porque, na medida em que afetadas duas distintas pretensões de confisco do produto criminoso, causou-se duas lesões autônomas à administração da Justiça.

Nesse último exemplo, em que reconhecemos a possibilidade de um concurso formal na conduta que realiza a lavagem de diversos produtos criminosos, pode surgir uma dúvida em relação à natureza própria ou imprópria desse concurso. E, embora a discussão envolvendo a configuração (ou não) dos desígnios autônomos seja das mais difíceis, pensamos que, nesses casos, não haverá a caracterização de desígnios autônomos em relação aos diversos crimes de lavagem realizados, porque não vislumbramos deliberações significativamente distintas ou singulares em relação a cada uma das lavagens ali praticadas.

É bem verdade que estaremos diante de desígnios diversos quanto a cada uma das lavagens concretizadas, mas a mera diversidade dos desígnios não é suficiente para caracterizar a autonomia entre eles, que só pode se fundamentar, pensamos, na significativa especialidade das deliberações que animam cada um dos delitos. E, no caso aqui analisado, as deliberações se voltam a lesar um mesmo bem jurídico, e com a mesma intensidade (porque a forma da lavagem empreendida é única), e não se tratam de bens jurídicos personalíssimos de distintas titularidades, que poderiam impor ao agente a necessidade de superar contramotivos ético-jurídicos significativamente diversos ou especiais entre si²⁵⁵. Não há aqui, portanto, deliberações contrárias ao direito significativamente singulares ou distintas entre si, isto é: não se verificam os desígnios autônomos em relação aos delitos praticados.

É de se observar, a essa altura, que a admissão de um concurso formal próprio entre delitos de lavagem parece observar, inclusive, a um ditame de isonomia. Afinal, se aquele que realiza dois atos típicos de lavagem sobre um mesmo produto criminoso, mas em um só contexto, responde por um único delito de lavagem; e se aquele que realiza dois atos típicos de

²⁵⁵ Conforme exposto no capítulo anterior, por vezes o agente decide adotar uma conduta única que realiza múltiplos tipos penais, contrariando e insurgindo-se contra o direito de uma só vez, em um só momento. Mas, mesmo quando o autor delibera por insurgir-se contra o direito, há determinadas lesões a certos bens que apresentam uma significativa relevância ou diversidade (inclusive de titularidade) em relação àquelas que ele já decidiu ou cogita provocar, a ponto de tais bens – notadamente os personalíssimos quando intensamente lesados – imporem contramotivos ético-jurídicos que reclamam, contundentemente, que o autor volte a determinar a sua conduta conforme a lei. No entanto, se ante o reiterado chamado do direito o agente ainda assim opta por negá-lo, superando os singulares reclames de respeito a tais bens, é o mesmo que tivesse decidido por contrariá-lo duas vezes, porque negado o direito através de duas deliberações significativamente distintas, isto é: com desígnios autônomos.

lavagem em um mesmo contexto, mas sobre produtos criminosos diversos, acaba por ser responsabilizado por dois delitos de lavagem, então não haveria isonomia em se reconhecer um único delito de lavagem na conduta daquele que escamoteou dois diversos produtos criminosos apenas porque realizada uma só conduta. E o tratamento isonômico aqui anunciado parece vir explicitado, ainda, na própria atribuição de penas: reconhecida a prática de dois delitos de lavagem em continuidade delitiva (art. 71 do CP), a pena imposta pela lavagem será exasperada em 1/6, exatamente o mesmo *quantum* a ser exasperado na pena daquele que realizou dois delitos de lavagem, através de uma só conduta, em concurso formal próprio (art. 70, primeira parte, do CP).

Portanto, chegamos até aqui à seguinte conclusão: (i) a realização de variados atos típicos de lavagem, em um mesmo contexto, mas sobre um mesmo produto criminoso, dá lugar apenas a um único delito de lavagem; (ii) a realização de variados atos típicos de lavagem, ainda que em um mesmo contexto, mas sobre produtos criminosos distintos, caracteriza uma pluralidade de delitos de lavagem, que, a depender do caso concreto, poderão estar em concurso material ou em continuidade delitiva; (iii) a realização de um único ato típico de lavagem, mas sobre produtos criminosos diversos, configura uma pluralidade de delitos de lavagem em concurso formal próprio.

Dito isso, falta esclarecer, por fim, quando é que diversos atos típicos de lavagem poderão ser reconhecidos como pertencentes a um mesmo contexto. Vamos a essa questão.

3.4.2. A unidade de contexto no delito de lavagem

De início, devemos distinguir dois grupos de casos: (i) aqueles em que o agente realiza uma só vez cada um dos distintos núcleos do tipo (ex: o agente *oculta* a proveniência ilícita do produto criminoso e, depois, mas em um mesmo contexto, *dissimula* a sua propriedade); e (ii) os casos nos quais o agente realiza reiteradamente um mesmo ou diversos núcleos do tipo (ex: o agente *oculta* a proveniência ilícita do produto criminoso e, posteriormente, *oculta* a sua localização; ou quando ele *oculta* a proveniência ilícita do produto criminoso, *dissimula* a sua propriedade e, depois, volta a *ocultar* a sua localização).

Tem-se, em relação ao primeiro grupo de casos, uma unidade típica em sentido estrito, porque uma única realização dos diversos núcleos do tipo penal representa, ainda, apenas o cumprimento dos seus pressupostos mínimos. Contudo, no que diz respeito ao segundo grupo de casos, em que a realização reiterada dos diversos núcleos típicos ultrapassa o mínimo exigido ao aperfeiçoamento do tipo, tem-se uma unidade típica em sentido amplo. De todo modo, o

fundamental, em ambos os casos, é que os diversos atos por si sós típicos de lavagem tenham sido realizados em um mesmo contexto objetivo e subjetivo. E, afinal, quando é que variados atos típicos de lavagem poderão ser subsumidos a um mesmo contexto?

Seguindo a regra imposta para o reconhecimento de uma unidade típica, toda vez que se estiver diante de atos típicos de lavagem que, por si sós, já seriam suficientes para caracterizar o referido delito, a unidade de contexto só poderá ser reconhecida se demonstrada a existência de: (i) uma conexão espaço-temporal entre os diversos atos praticados e, também, a presença de (ii) uma motivação unitária entre tais atos, decorrente de uma mesma situação motivacional.

No que diz respeito à conexão espaço-temporal, porém, este dado deve ser aferido a partir do caso concreto²⁵⁶ e especialmente à luz das peculiaridades que envolvem a realização do tipo de delito da lavagem. Por isso, uma vez que os processos de lavagem de dinheiro comumente apresentam um caráter transnacional e que são realizados ao longo de um considerável período de tempo, a conexão espaço-temporal não pode ser analisada de maneira restritiva (notadamente a conexão espacial, cujo afastamento, pensamos, só se dará em raríssimos casos), pois deve-se evitar a consideração de uma multiplicidade delitiva sobre um mesmo e único processo de lavagem²⁵⁷. Já em relação à motivação unitária entre os distintos atos típicos de lavagem, não se está a exigir um dolo unitário já existente no momento em que se pratica o primeiro dos atos, mas apenas uma identidade da situação fática, que motiva a realização delitiva (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 768). Não é necessária a existência de uma vontade única, já posta no início da execução do fato e que se estende inalteradamente até o seu fim (ROXIN, 2014, p. 951). Basta que os atos estejam em uma unidade de motivação decorrente de uma mesma situação (AISA, 2004, p. 389).

A título ilustrativo: aquele que *oculta* a localização do produto criminoso em uma *offshore* em nome de terceiros e alguns meses depois reinsere esse produto ilícito na economia nacional através de uma operação *dissimulada* não realiza, pensamos, dois delitos de lavagem,

²⁵⁶ Sobre o crime que traz em si uma pluralidade de atos por si sós caracterizadores de um delito, Lobo Moutinho (2005, p. 470) ressalta que “pouco importa que ele seja decomponível em momentos ou elementos que, se surgissem isoladamente – coisa que precisamente não ocorre nestes casos – seriam, cada qual, um elemento de um crime autônomo ou mesmo um crime autônomo: importa, antes, ponderar como é que na sua realidade concreta surgiu o crime, porque é nessa realidade concreta que o tipo de crime está preparado para o apanhar e esgotar. (...). Substituir sub-repticiamente a realidade (concretamente, não surgiram isolados) pela pressuposição de uma irrealidade (se, concretamente, tivessem surgido isolados) é uma arbitrariedade, um irrealismo (propriamente dito) do qual só podem resultar dificuldades artificiais, problemas insolúveis e soluções forçadas”.

²⁵⁷ Nesse sentido, Carla Veríssimo de Carli (2013, p. 231), lembrando a utilização pela doutrina italiana de um conceito dinâmico de lavagem, ressalta que “a lavagem de dinheiro deve ser vista como um processo – o processo de legitimação de um capital espúrio, realizado com o objetivo de torná-lo apto para uso. (...). O que a lei quer impedir é justamente o ‘processo’ de lavagem de dinheiro; por isso elegeu diferentes momentos dele, criminalizando-os”. No mesmo sentido, cf. Pitombo (2003, p. 36).

mas apenas um, porque os atos típicos de lavagem, para além de se limitarem a intensificar a lesão causada ao bem jurídico, apresentam – à luz do processo de lavagem concretizado – uma conexão espaço-temporal e decorrem, ainda, de uma mesma motivação.

Por outro lado, se verificado que dois distintos atos típicos de lavagem não se encontram em um mesmo contexto, desde logo se deverá reconhecer que esses atos típicos realizam dois distintos delitos de lavagem, afastando a possibilidade de reconhecimento de uma unidade delitiva. É o que se dá, por exemplo, quando um agente dissimula a proveniência do produto criminoso através de uma venda superfaturada e, alguns anos depois, o reinsere na economia por meio de uma nova dissimulação: ter-se-á, aqui, dois distintos atos de lavagem, porque ausente uma conexão temporal entre as duas dissimulações praticadas. De modo semelhante, é o que se passa quando um indivíduo agride uma determinada pessoa e, meses depois, volta a agredi-la: não há aqui uma conexão espaço-temporal entre os atos que compõem as duas ocasiões de agressão, o que conduz ao reconhecimento da pluralidade delitiva.

3.4.3. Síntese conclusiva

À vista de todo o exposto até aqui, estamos em condições de concluir que a realização de diversos atos típicos de lavagem caracterizará um único delito de branqueamento apenas quando os referidos atos: (i) se limitarem a intensificar a lesão causada ao bem jurídico (isto é: quando recaírem sobre um mesmo produto criminoso); (ii) apresentarem uma conexão espacial e, principalmente, temporal; e, por fim, (iii) decorrerem de uma mesma situação motivacional.

A primeira exigência está relacionada à verificação da ausência de uma lesão qualitativamente distinta ao bem jurídico, ao passo que a segunda e a terceira dizem respeito à independência entre as lesões causadas. Em última instância, porém, a ausência de qualquer um desses requisitos inaugura injustos de lavagem autônomos.

Fora desses casos, ou seja, quando os diversos atos típicos de lavagem recaírem sobre produtos criminosos diversos ou quando tais atos não tiverem sido praticados em um mesmo contexto, seremos levados ao reconhecimento de uma pluralidade de delitos de lavagem. Vale dizer: (i) a realização de variados atos típicos de lavagem, em um mesmo contexto, mas sobre um mesmo produto criminoso, dará lugar apenas a um único delito de lavagem; (ii) a realização de variados atos típicos de lavagem, ainda que em um mesmo contexto, mas sobre produtos criminosos distintos, caracterizará uma pluralidade de delitos de lavagem, que, a depender do caso concreto, poderão estar em concurso material ou em continuidade delitiva; (iii) a realização

de um único ato típico de lavagem, mas sobre produtos criminosos diversos, configurará uma pluralidade de delitos de lavagem em concurso formal próprio.

CAPÍTULO 4 – O CONCURSO DE CRIMES ENTRE A LAVAGEM DE DINHEIRO E O DELITO PRODUTOR

4.1. Aceitação da punibilidade da “autolavagem” como pressuposto para a admissão de um concurso de crimes entre a lavagem e o delito produtor

4.1.1. Uma necessária consunção entre a lavagem e o delito produtor?

Denomina-se autolavagem o fenômeno no qual o autor ou partícipe do delito produtor é, também, o sujeito ativo da lavagem do produto correspondente (VERDE, 2016, p. 58; HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 5). Com isso, a admissão de um concurso de crimes entre a lavagem e o delito produtor pressupõe, necessariamente, o reconhecimento da punibilidade da autolavagem, tema que desperta enorme controvérsia doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

No plano internacional, há diversas Convenções admitindo a caracterização da lavagem em relação ao autor do delito produtor, ressalvando, contudo, eventual disposição legislativa interna em sentido contrário²⁵⁸. Assim o fazem, aliás, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (art. 6, 2, “e”) e também a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção (art. 23, 2, “e”), ambas promulgadas pelo Brasil. Nesse passo, somos levados a concluir que, para os referidos instrumentos, a possibilidade de autolavagem seria a regra e a eventual ressalva das legislações internas a exceção (CORDERO, 2015, p. 630).

A punibilidade da autolavagem é enfrentada nos países estrangeiros basicamente de duas maneiras: ou admitindo-se que toda e qualquer pessoa (inclusive o autor ou partícipe do delito produtor) possa ser o sujeito ativo da lavagem ou restringindo o alcance desse último delito aos agentes que não tenham sido os autores da infração penal dita antecedente (*ibidem*, p. 631)²⁵⁹.

Dentre as legislações silentes quanto à matéria, pode-se citar a francesa (art. 324 do CP), a suíça (art. 305bis do CP), a austríaca (§165, StGB), a espanhola até 2010 (art. 301, I, do CP)

²⁵⁸ A esse respeito, Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 629-630) nos informa sobre a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada no Brasil pelo Dec. Lei n. 5.015/2004), a Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção (promulgada no Brasil pelo Dec. Lei n. 5.687/2006) e o Convênio de Estrasburgo do Conselho da Europa (substituído pelo Convênio de Varsóvia).

²⁵⁹ É digno de nota, no ponto, a exceção da legislação alemã, que, adotando uma solução intermediária, reconhece a punibilidade da autolavagem apenas em relação a determinados casos. Cf. Horta e Teixeira (2009, p. 13).

e a portuguesa até 2004 (art. 23 do DL 15/93) (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 12-13; CORDERO, 2015, p. 631-632 e 642). Excluindo expressamente a punibilidade, pela lavagem, do autor ou partícipe da infração penal anterior, tem-se a legislação italiana até 2014 (arts. 648bis e 648ter do CP), a argentina até 2011 (art. 278 do CP) e a alemã até 2015 (§261, (9), 2, StGB) (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 12-13; CORDERO, 2015, p. 631-632 e 642). No entanto, admitem expressamente a punibilidade da autolavagem as vigentes legislações portuguesa (art. 368A do CP), espanhola (art. 301, I, do CP), italiana (art. 648ter.1 do CP) e, em determinados casos, a alemã (§261, IX, 3 StGB) (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 12-13; CORDERO, 2015, p. 631-632 e 642). Nos Estados Unidos, por sua vez, também se admite a punibilidade por lavagem do autor da infração antecedente (CORDERO, 2015, p. 642). A nível mundial observa-se, então, um notório movimento legislativo no sentido de se estender a punibilidade da lavagem também ao autor do delito produtor.

No Brasil, a Exposição de Motivos ao projeto da Lei n. 9.613/98 admitiu a possibilidade de o autor da infração penal antecedente responder, também, pela lavagem de dinheiro, como se verifica de seus itens 21, 23 e 24:

21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao Direito Penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.
[...]

23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de "coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte". Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio.

24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo²⁶⁰.

Contudo, e em que pese as considerações lançadas na exposição de motivos ao projeto da Lei n. 9.613/98, fato é que a legislação pátria é silente quanto à punibilidade, pela lavagem,

²⁶⁰ Exposição de Motivos 692/MJ, apresentada em relação ao projeto legislativo que originou a Lei n. 9.613/98. Cf.: Brasil (1998a).

daquele que tenha sido autor ou partícipe do delito produtor. Com isso, abriu-se margem a dois possíveis entendimentos: um primeiro no sentido da não punibilidade da autolavagem, por considerar-se a lavagem um ato posterior coapenado (assim como se dá em relação aos crimes de receptação e favorecimento real); e um segundo entendimento admitindo, irrestritamente, a punibilidade pela lavagem de todo e qualquer sujeito, ainda que autor ou partícipe do delito produtor.

Para alguns autores, como Vicente Greco Filho (2006, p. 164), a lavagem de capitais, quando praticada pelo autor ou partícipe do crime antecedente, representa o mero “exaurimento deste, é o fim desde sempre visado pelo agente, seu complemento ou, até o meio indispensável ao ‘sucesso’ do primeiro”. No mesmo sentido, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2002, p. 2102) sustentam a impossibilidade de se punir pela lavagem o autor do delito prévio, porque “a lavagem não passa de uma finalidade última da conduta antecedente”²⁶¹.

Segundo entendemos, no entanto, o silêncio legal, longe de impedir o reconhecimento da autolavagem, parece justamente indicar a sua punibilidade²⁶². E isso porque, salvo expressa disposição legal em sentido contrário ou a incidência de algum dos princípios solucionadores de um conflito aparente de normas, em regra, é punível a ação de toda e qualquer pessoa que, com a sua conduta, realize um determinado delito. Portanto, parece-nos que apenas em alguns casos muito específicos é que seria possível determinar, *a priori*, a não punibilidade de certos autores pela prática de uma determinada infração, conforme tratado adiante. E não vislumbramos que este seja o caso da lavagem de dinheiro. Afinal, e como exposto acima, a alegada não punibilidade do autor do delito produtor depende, fundamentalmente, do reconhecimento da incidência da consunção, que, por sua vez, raramente pode ser apreciada abstratamente, à distância de algum caso concreto²⁶³.

Por isso, a chave para a solução do problema nos parece ser, precisamente, não a prévia determinação dos possíveis autores da lavagem de dinheiro, mas sim a análise, no caso concreto, de um concurso de normas, notadamente a respeito da incidência da consunção entre o delito produtor e a lavagem (que apenas eventualmente – e não de modo necessário – poderia se apresentar como um ato posterior coapenado).

²⁶¹ Para os autores (FRANCO; STOCO, 2102), é “insustentável punir o agente duas vezes pelo mesmo fato (pela mesma intenção última). Seja em função de se utilizar um argumento absolutamente utilitarista – procurando, na dupla punição, dar ao Direito Penal um caráter simbólico, acreditando-se que quanto maior a punição menor será a prática delitiva – seja pela teoria do *post factum* impunível. A conclusão a que se chega é da impossibilidade de se justificar a punição em forma de concurso, nos casos em que o autor do fato prévio seja o mesmo que o da lavagem”.

²⁶² Também nesse sentido, cf. Badaró e Bottini (2016, p. 131).

²⁶³ De maneira semelhante, cf. Verde (2016, p. 65-66).

Seguimos aqui, portanto, a lição de Pedro Caeiro (2010, p. 197) que, reconhecendo a impossibilidade de o autor do delito prévio ser “genericamente excluído do círculo de autoria do branqueamento”, apontava que a consunção deveria incidir “sempre que a concreta conduta do autor do fato precedente, preenchendo embora o tipo legal do branqueamento, corresponda apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva, por isso, considerar-se abrangida pela punição daquele facto”.

Daí a advertência de Frederico Horta e Adriano Teixeira (2009, p. 19):

O nosso problema, do concurso aparente ou real entre a lavagem de capitais e o delito produtor, é posterior à afirmação da tipicidade da lavagem. O que importa a essa altura é comparar o conteúdo de injusto da lavagem ao conteúdo de injusto do crime produtor, para avaliar se a punição autônoma da lavagem contraria ou não o princípio “non bis in idem”. E para fazê-lo, não basta levar em conta o bem jurídico protegido por uma e outra norma incriminadora infringida, mas todos os bens ofendidos pelo delito de lavagem e pelo delito produtor, seja de forma necessária, corriqueira ou extraordinária.

Nesse passo, se o relevante à admissão da autolavagem é a incidência, ou não, do princípio da consunção, então a análise a respeito da punibilidade do autor do delito produtor já não pode ser feita apenas abstratamente, dependendo da apreciação, no caso concreto, de um concurso de normas em que tomam lugar tanto o princípio da íntegra valoração do fato quanto o princípio do *non bis in idem*, materializado na regra da consunção. Ou, dito de outra maneira: a punibilidade da autolavagem dependerá da análise, no caso concreto, dos conteúdos de injusto do delito produtor e da lavagem. Se o conteúdo de injusto do delito produtor expressar a totalidade ou ao menos substancialmente o desvalor jurídico da pretensa lavagem, esta não se caracterizará; no entanto, se o conteúdo de injusto da lavagem não estiver abarcado naquele do delito produtor, então haverá de se reconhecer a punibilidade da autolavagem.

Não podemos aceitar, aqui, a ideia de que a autolavagem constituiria, sempre e necessariamente, um ato posterior coapenado, isto é, uma conduta já integralmente (ou ao menos substancialmente) valorada pela punição do delito prévio²⁶⁴. Pois, conforme já explicitado anteriormente no presente trabalho, a doutrina dominante compreende que o ato posterior coapenado só pode ser reconhecido quando satisfeitos os seguintes requisitos: (i) que o “ato” se dirija ao mesmo titular já ofendido pelo delito prevalente; (ii) ao mesmo bem jurídico já afetado; (iii) e que a lesão causada se limite a agravar aquela já imposta, sem, contudo, provocar uma nova ofensa (ALBERO, 1995, p. 395)²⁶⁵. Nesse passo, quer se compreenda que a lavagem tutela a administração da Justiça; quer se entenda que ela protege a ordem econômica;

²⁶⁴ Também nesse sentido, cf. Verde (2016, p. 65-66).

²⁶⁵ Em sentido semelhante, cf.: Horta (2007, p. 157).

ou mesmo que se admita que se trata de um delito *pluriofensivo*, fato é que, na maior parte dos casos, não haveria uma identidade entre os bens jurídicos lesionados pela pretensa lavagem e o delito produtor, o que afastaria a possibilidade de, *a priori*, reconhecer a lavagem como um ato posterior coapenado.

Mas, sem embargo disso, por mais que se entenda que a lavagem não poderia constituir um ato posterior coapenado, ainda assim não se poderia afastar a possibilidade de incidência da consunção, porque aquilo que se denomina por ato posterior coapenado configura – mas não exaure – apenas uma das possibilidades de manifestação do princípio em comento, que terá lugar sempre que o conteúdo de injusto de um dos delitos abarcar ao menos substancialmente o conteúdo dos demais injustos eventualmente realizados (AISA, 2004, p. 452; WELZEL, 1956, p. 228)²⁶⁶. Desse modo, ainda que a diversidade dos bens jurídicos tutelados pela lavagem e pelo delito produtor em regra impeça, aos olhos da doutrina dominante, o reconhecimento da lavagem como um fato posterior coapenado, isso não impede, de maneira alguma, a incidência da consunção. Assim lecionam Frederico Horta e Adriano Teixeira (2009, p. 34):

em que pese a grande maioria dos casos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência envolverem normas incriminadoras protetivas do mesmo bem jurídico, o que realmente importa, segundo a sua definição, é que a ofensa consistente no ato típico posterior não represente mais que o incremento da agressão ou de uma das agressões decorrentes do delito principal, antecedente. Observado este requisito, é perfeitamente possível que a punibilidade autônoma do ato típico posterior seja excluída também quando a norma incriminadora do fato principal seja protetiva de bem jurídico diverso.

À luz dessas considerações, é incontroverso que a lavagem pode ser absorvida pelo delito produtor: seja pelo reconhecimento de que ela constituiria um ato posterior coapenado, seja pela pura e simples incidência da consunção, verificada a partir dos conteúdos de injusto dos crimes em concurso aparente²⁶⁷.

Deve-se reconhecer, no ponto, que por vezes existe uma enorme dificuldade na mensuração do conteúdo de injusto de uma determinada infração penal. Mas, uma vez que a apreciação do conteúdo de injusto da lavagem é indispensável à admissão, nos casos concretos da autolavagem não podemos deixar de fazê-lo. Nesse intento, e dada a semelhança que apresentam com o delito de lavagem, é importante que iniciemos pela análise dos conteúdos de

²⁶⁶ Por isso mesmo, Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 415) apontam que “o afastamento de uma norma incriminadora para a aplicação de outra (e única) justifica-se pelo fato de estar presente nesta última (a prevalecente) todo o juízo de valoração jurídico-penal em relação à proteção do bem jurídico tutelado em ambas”.

²⁶⁷ Manifestam-se em sentido contrário André Callegari e Ariel Weber (2017, p. 63): “as condutas de lavagem de dinheiro do sujeito que também tenha atuado no delito prévio lesionam novo bem jurídico, permitindo a apreciação de uma nova infração, independentemente daquela que se realizou previamente. Por isso, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha atuado no delito prévio”.

injusto da receptação (art. 180 do CP) e do favorecimento real (art. 349 do CP), notadamente no que diz respeito à relação destes com os delitos que lhes são antecedentes.

4.1.2. Do conteúdo de injusto da lavagem

Entre nós e precisamente em decorrência da consunção, a doutrina e a jurisprudência dominante sempre foram firmes no sentido de não se admitir a punibilidade da receptação praticada pelo autor do delito prévio (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 7-8)²⁶⁸. É que, no caso da receptação, que tem por objeto material o produto de um crime contra o patrimônio²⁶⁹, embora o tipo penal não faça nenhuma ressalva quanto à punibilidade do autor da infração penal antecedente, é certo que há uma identidade entre o bem jurídico tutelado por ambos os delitos: o patrimônio. Com isso, é possível reconhecer *a priori* – seja por constituir um mero exaurimento do delito prévio, seja pela incidência da consunção – a não punibilidade do autor do crime anterior pela receptação, porque esse último delito afetarà o mesmo bem jurídico já lesionado por aquele (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 131). Assim, a punição do agente pelos dois crimes conduziria a um inaceitável *bis in idem*, na medida em que a receptação se limitaria, quando muito, a intensificar a lesão patrimonial já provocada, afastando ainda mais a coisa de seu legítimo proprietário (*ibidem*, p. 131).

Igualmente, apesar de o tipo do favorecimento real excluir expressamente a punibilidade do autor do delito produtor, pensamos que a ressalva legal sequer seria necessária e se limita a positivizar algo incontroverso: a não punibilidade, porquanto inexigível uma conduta diversa daquele que se limita a tomar as medidas necessárias para tornar seguro o proveito do crime por ele praticado²⁷⁰.

À luz desse quadro, é de se perguntar: se em relação aos delitos que lhes são assemelhados (receptação e favorecimento real) não se admite a punibilidade do autor do delito prévio, por que então se deveria admitir no caso da lavagem? Em outros termos: o que é que haveria no conteúdo de injusto da lavagem que, diversamente das infrações em comento, autorizaria, ao menos em tese, o concurso com o delito produtor?

²⁶⁸ No que diz respeito à não punibilidade da receptação empreendida pelo autor do crime produtor, cf.: Hungria (1959, p. 509) e Salvador Netto (2017, p. 567).

²⁶⁹ Já Nelson Hungria (1959, p. 510) dizia que “na receptação só entra em jogo o proveito econômico”. Cf. também: Salvador Netto (2017, p. 565), e Horta e Teixeira (2009, p. 6).

²⁷⁰ Para Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 640), “no se puede exigir a una persona que ha delinquido, que se entregue a la policía o a la justicia. El sujeto, ante la posibilidad de evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial, encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que de él ha obtenido”. No mesmo sentido, cf.: Saad-Diniz (2017, p. 1.039), e Badaró e Bottini (2016, p. 131).

Conforme entendemos, diferentemente do que se dá na receptação, no caso da lavagem não vislumbramos ser possível aferir aprioristicamente a consunção, até mesmo em razão da habitual diversidade entre os bens jurídicos tutelados por esse delito e pela infração anterior (o que já não se verifica com o delito de receptação)²⁷¹. Desse modo, enquanto o conteúdo de injusto da receptação se limita, quando muito, a intensificar a lesão patrimonial já provocada, o conteúdo de injusto da lavagem pode representar – e geralmente representa – a lesão a um bem jurídico não afetado pelo delito produtor e, por isso mesmo, nem sempre abarcado pelo seu conteúdo de injusto. Assim, ao contrário do que ocorre com a receptação, nem sempre se poderá dizer (quem dirá *a priori*), que o conteúdo de injusto da lavagem é abarcado pelo desvalor do delito produtor.

Já no que diz respeito ao favorecimento real, para o autor do delito prévio o seu conteúdo de injusto representa o mero exaurimento do crime anterior, na medida em que é inexigível – para não dizer esperado – que ele busque assegurar o proveito dessa infração. No entanto, e segundo entendemos, na lavagem o agente não se limita a simplesmente buscar assegurar o proveito do crime, mas vai além, fazendo-o através de atos de ocultação ou dissimulação, que representam uma lesão à administração da Justiça substancialmente mais contundente e incisiva do que aquela causada pelo favorecimento real (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 132). Assim, embora consideremos que ambos os delitos afetam a administração da Justiça, parece-nos clara a significativa diferença qualitativa da lesão individualmente causada por eles, o que é evidenciado inclusive pela enorme desproporção entre as penas das referidas infrações. O conteúdo de injusto da lavagem, portanto, é consideravelmente mais grave do que aquele apresentado pelo favorecimento real, o que justifica, em relação a cada um desses delitos, a possibilidade de se dispensar um tratamento de punibilidade distinto ao autor do delito produtor.

É o que aponta Pierpaolo Bottini (*ibidem*, p. 132):

Ainda que também afete a administração da Justiça, o crime em discussão o faz de forma mais incisiva, mais intensa, pois o agente não se contenta em tornar seguro o proveito do crime. Ele vai além, busca tal segurança pela reciclagem, mascaramento, reinserção dos bens na economia formal, aparência lícita. Trata-se de uma lesão qualificada à administração da Justiça que afasta a inexigibilidade de conduta diversa. Do agente do crime anterior se espera que atue para tornar seguro o proveito do crime, mas não que o faça por meio de manobras para conferir a ele aparência lícita, por meio de uso de operações financeiras e comerciais de aspecto legítimo.

²⁷¹ Como já dito acima, embora a diversidade de bens jurídicos não impeça a incidência da consunção (que não exige uma identidade entre os bens jurídicos tutelados pela norma consuntiva e a norma consumida), ela acaba por impor a necessidade de se aferir caso a caso o conteúdo de injusto dos delitos em concurso real ou aparente. Diferentemente, em relação à receptação, que protege o mesmo bem jurídico tutelado pelo delito prévio, já em abstrato é possível reconhecê-la como um fato posterior coapenado, dado que sempre se limitará a intensificar a lesão já provocada pela infração anterior.

Em sentido diverso, é importante destacar o posicionamento intermediário de Frederico Horta e Adriano Teixeira (2009, p. 35) em relação à punibilidade da autolavagem. Embora também defendam que, “para punir a autolavagem, sem se ferir as regras do concurso aparente de normas e sem incorrer em *bis in idem*, é preciso demonstrar que o ato de lavagem do próprio autor do crime antecedente inaugura uma nova ofensa, incorpora um novo e autônomo injusto” (*ibidem*, p. 35), os autores sustentam que “as condutas de receptação, favorecimento real e lavagem afetam a administração da Justiça apenas na medida em que impedem ou representam um perigo para a descoberta e recuperação dos proventos do crime antecedente” (*ibidem*, p. 21). Nesse sentido, Frederico Horta e Adriano Teixeira (*ibidem*, p. 36-37) apontam que:

Na maior parte dos casos a lavagem de capitais não representa ofensa distinta das que necessária ou geralmente decorrem do delito antecedente, seja para a administração da Justiça ou para a ordem econômica. A obstaculização da aplicação da lei penal e do perdimento da vantagem ilícita proveniente do delito produtor, assim como a consolidação dessa vantagem como um injusto privilégio econômico, resultantes da lavagem, correspondem apenas ao asseguramento ou aproveitamento de uma posição ou vantagem obtida por meio do delito prévio, que não provoca um novo dano e nem prejudica pessoa diversa daquela ofendida pelo delito anterior. Isso não impede, naturalmente, que seja punível o autor ou partícipe da lavagem de capitais que não tenha contribuído para o delito antecedente, pois sobre ele não recairia dupla punição pelas mesmas ofensas.

Concluem, assim, que a autolavagem somente seria punível quando resultasse em um “sistemático investimento de dinheiro sujo em determinada atividade econômica ou financeira, e quando for praticada em favor de organização criminosa” (*ibidem*, p. 37)²⁷². No primeiro caso, porque a afetação da concorrência (e, por conseguinte, da ordem econômica) representaria um conteúdo de injusto distinto e autônomo em relação ao delito anterior; e, no segundo caso, porque o estímulo à prática de novos crimes pela organização criminosa agravaria consideravelmente o conteúdo de injusto da lavagem, a ponto de impedir a sua consunção pelo delito produtor (*ibidem*, p. 37). À punibilidade da autolavagem não bastaria, portanto, a mera lesão à administração da Justiça (inerente ao crime de lavagem), sendo necessário, também, ou a afetação da ordem econômica ou o favorecimento da reiteração do delito produtor.

Em que pese a profundidade das razões trazidas pelos autores, não concordamos com o referido posicionamento. E isso porque, como já dito anteriormente, consideramos que, na lavagem, o autor do delito prévio não apenas busca assegurar a posição ou o aproveitamento da vantagem obtida, mas o faz de uma maneira significativamente mais grave e incisiva

²⁷² Para Frederico Horta e Adriano Teixeira (*ibidem*, p. 28), fora desses casos, “o conteúdo de injusto da lavagem, então, consistirá exclusivamente no favorecimento da impunidade e do gozo das vantagens econômicas de um crime, isto é: na ampliação das possibilidades e condições de realização pessoal por meio de crimes, em prejuízo da lei e eventualmente da concorrência. Trata-se de um desvalor relacionado ao passado; fundado na necessidade social do justo acerto de contas pelo crime ‘de ontem’.”

(BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 132), isto é: causando à administração da Justiça uma lesão consideravelmente mais relevante do que aquelas provocadas pela receptação e pelo favorecimento real. Não consideramos, então, que a lavagem, a receptação e o favorecimento real afetam a administração da Justiça na mesma medida. Por isso, em relação ao autor do delito precedente e mesmo no que diz respeito apenas à administração da Justiça, não nos parece adequado valorar de modo semelhante o conteúdo de injusto da lavagem e do favorecimento real, o que a nosso juízo justifica – e recomenda – uma apreciação distinta quando se analisa as suas respectivas relações com os delitos que lhes são precedentes.

Daí a certa lição de Pedro Caeiro (2010, p. 189), para quem, em relação à receptação e ao favorecimento real, as condutas do autor do delito produtor “são sempre, enquanto tais, prolongamentos da infração precedente socialmente tidos como ‘naturais’ e cuja censura se integra, por isso, nas penas que para ela se cominam”. Contudo, diz Pedro Caeiro (*ibidem*, p. 189-190), o mesmo não acontece com a lavagem de dinheiro, pois:

Se é certo que a simples detenção das vantagens e a sua utilização ‘normal’, conaturais ao facto precedente, são factos não puníveis, não é menos certo haver outras condutas que, por integrarem um modo particularmente eficiente de garantir a conservação das vantagens ilicitamente obtidas, em detrimento da pretensão estadual à sua detecção e subsequente perda, se encontram no âmago das razões que justificam a – e que servem de exclusiva legitimação à – repressão penal do branqueamento. Assim, seria contraditório fundamentar a incriminação na particular perigosidade da conduta para o bem jurídico protegido (administração da Justiça) e, simultaneamente, afirmar que, tratando-se do facto precedente, a sua censura se encontra já contida na punição desse crime anterior.

À vista de tudo quanto exposto, admitimos a punibilidade da autolavagem, mas desde que verificada, caso a caso, a não incidência da consunção. De todo modo, e dado o caráter acessório da lavagem em relação ao delito produtor, a admissão da punibilidade da autolavagem nos casos concretos deve ser feita com extrema cautela em razão da evidente peculiaridade do concurso de crimes em questão²⁷³. Assim, dito que a autolavagem é, ao menos em tese, punível, é preciso agora estabelecer os limites e condições em que se pode admitir a sua punibilidade nos casos concretos. E, para tanto, é importante analisar a forma com que a matéria vem sendo tratada no plano nacional e internacional.

²⁷³ Precisamente por isso, Pedro Caeiro (*ibidem*, p. 197) menciona que o autor do delito precedente é “merecedor de atenção particular” quando se aprecia um eventual concurso com a lavagem.

4.2. Jurisprudência brasileira a respeito da autolavagem

Buscando compreender a forma com que o assunto vem sendo enfrentado pelos nossos Tribunais Superiores, realizamos um levantamento nos sítios virtuais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com os termos de pesquisa “Lavagem E bis in idem”. Encontramos, então, um total de 51 acórdãos publicados até a data de 03/06/2019. Desses, 18 no STF e 33 no STJ, sendo que, dos 18 acórdãos localizados no STF, apenas 8 não diziam respeito à Ação Penal n. 470/STF. Com o termo de pesquisa “Autolavagem”, encontramos 12 acórdãos no STF²⁷⁴ e 3 acórdãos no STJ. E, no plano jurisprudencial, o que se observa é que nossos Tribunais Superiores sempre foram firmes no sentido de se reconhecer a punibilidade da autolavagem, jamais afastando a possibilidade de se punir o autor do delito produtor também pela lavagem.

A Segunda Turma do STF tratou da questão em junho de 2008, quando do julgamento do HC 92.279, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa. Na ocasião, assentou-se que “a lavagem de dinheiro é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento do crime antecedente” (BRASIL, 2008a, p. 300). Já em setembro de 2011, nos autos do Inq. 2.471, esse entendimento foi corroborado pelo próprio Pleno do STF, concluindo-se ali que, “não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas” (BRASIL, p. 2012h).

A punibilidade da autolavagem voltou a ser admitida pelo Pleno do STF em 2012, quando do julgamento da Ação Penal 470/MG, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa. No caso, houve uma profunda e relevante discussão acerca das condições que autorizariam o reconhecimento, no caso concreto, da autolavagem. E, dentre os variados debates ali travados, o mais representativo nos parece ser aquele realizado nos Sextos Embargos Infringentes da AP 470/MG, em que se discutiu a possibilidade de caracterização da lavagem de dinheiro em razão do recebimento dissimulado, por parte de um funcionário público, de vantagem indevida oriunda de corrupção passiva.

Inicialmente, no julgamento da AP 470/MG (BRASIL, 2013g) um ex-parlamentar federal havia sido condenado pela suposta prática de lavagem de dinheiro, porque teria recebido, através de sua esposa, uma vantagem indevida proveniente do crime de corrupção

²⁷⁴ Nos 12 (doze) casos em comento, o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente a punibilidade da autolavagem em todos eles. (BRASIL, 2018l, 2018t, 2019e, 2018u, 2018s, 2018k, 2018o, 2018r, 2017q, 2017n, 2014k, 2014i).

passiva. No julgamento em que a decisão condenatória foi alcançada com o placar de 6 votos a 5, aduziu-se, em relação à autolavagem, que o Legislador pátrio não excepcionou a punibilidade do autor da infração penal antecedente, e mais: o Brasil firmara diversos compromissos internacionais (Convenção de Viena, Convenção de Palermo e Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção) que, longe de vedarem, autorizavam a punição da autolavagem, medida essa inclusive eficiente à proteção penal de bens jurídicos fundamentais. Lembrou-se, também, que a própria exposição de motivos ao projeto de Lei n. 9.613/98 admitia a possibilidade de se punir o autor do delito antecedente pela lavagem²⁷⁵. Especificamente quanto ao caso ali tratado, a maioria considerou, nos termos do voto do Min. Relator Joaquim Barbosa, que o expediente utilizado para o recebimento da vantagem indevida “configurou, no caso, crime autônomo de lavagem de dinheiro, que atingiu bem jurídico distinto” (BRASIL, 2013g, p. 668) daquele lesado pelo delito produtor, autorizando a caracterização e punibilidade da autolavagem.

O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, entendeu que o recebimento de vantagem indevida através da própria esposa não caracterizaria um ato capaz de dissimular o verdadeiro beneficiário daqueles valores, razão pela qual não haveria, no caso, uma conduta típica de lavagem (*ibidem*, p. 1008). Já a Min. Rosa Weber (*ibidem*, p. 1262-1265), acompanhando a divergência, acresceu que “a conduta que caracteriza a lavagem há de ser posterior à conduta que caracteriza o crime antecedente”, o que afastaria o reconhecimento da lavagem no caso, pois o recebimento – mesmo que dissimulado – da vantagem indevida constituiria, ainda, um ato integrante da própria corrupção passiva. O mesmo caminho foi trilhado pelo Min. Cezar Peluso (*ibidem*, p. 2172) que, embora admitindo a punibilidade da autolavagem, destacou que o seu reconhecimento exigiria a “demonstração de atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do delito antecedente”. No entanto, os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto e Carmén Lúcia votaram pela condenação do ex-parlamentar federal.

Opostos os Embargos Infringentes, em março de 2014 foram eles julgados pelo Pleno do STF, que à época contava com uma composição distinta daquela que havia participado do julgamento da AP 470²⁷⁶. Assim, no julgamento dos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/MG, modificou-se a condenação inicialmente imposta para, em relação ao delito de lavagem, absolver-se o ex-parlamentar federal (BRASIL, 2014k, p. 76).

²⁷⁵ Por todos, cf. o voto do Min. Gilmar Mendes, nas páginas 2.320-2.332. (BRASIL, 2013g).

²⁷⁶ Os Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto foram substituídos, respectivamente, pelos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso.

No caso, os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram pela manutenção da condenação, fundamentalmente porque consideraram que, no crime de corrupção passiva, a *solicitação* da vantagem indevida já consumaria o referido delito, ao passo que o posterior *recebimento* dessa vantagem constituiria o mero exaurimento dessa infração, podendo também caracterizar, conforme o caso, um novo delito e, inclusive, o de lavagem de dinheiro, caso o recebimento de tal vantagem ocorresse de uma maneira hábil a conferir uma aparência lícita a esses recursos. Ilustrativo desse entendimento é o voto do Min. Luiz Fux (BRASIL, 2014k, p. 16-17):

Uma vez aceita a promessa de vantagem indevida pelo agente, resta consumado o delito do art. 317 do Código Penal, consistindo o posterior recebimento da peita em mero exaurimento do delito. In casu, o ora embargante enviou sua esposa para receber uma vantagem indevida cuja promessa já havia aceitado anteriormente, cumprindo anotar as diversas reuniões entre o 15º denunciado (João Paulo Cunha) e Marcos Valério, por vezes inclusive com seus sócios.

[...]

Não há dúvidas, portanto, de que o crime de corrupção já havia se consumado antes do saque no Banco Rural, de modo que o apossamento da quantia indevida deve ser tido como exaurimento do crime. Estabelecido que o recebimento não integrou a hipótese de incidência da norma prevista no art. 317 do Código Penal, cumpre assentar que não há qualquer bis in idem em razão da tipificação da conduta subsequente como lavagem de dinheiro.

No entanto, ausente o Ministro Joaquim Barbosa, formou-se maioria pela absolvição do Embargante quanto ao crime de lavagem de dinheiro²⁷⁷. Os fundamentos para a decisão absolutória passaram tanto pelo reconhecimento de que o ato praticado não era capaz de mascarar a origem ilícita do recurso (recebimento através da esposa), quanto pela atipicidade subjetiva da conduta e, também, pelo entendimento de que os atos caracterizadores da lavagem precisariam ser distintos e posteriores aos atos realizadores da infração antecedente.

No que diz respeito à incapacidade do ato ali analisado para *ocultar* a proveniência ilícita dos recursos recebidos, o Min. Teori Zavascki (*ibidem*, p. 41) teceu importantes considerações quanto aos atos capazes de caracterizar a lavagem de dinheiro:

Portanto, as ações de, simplesmente, receber ou ter em depósito valores que sejam produtos dos crimes antecedentes não são suficientes para a configuração dessa figura típica. É essencial que tais ações constituam, não um fim em si próprias, mas um meio pelo qual possa o agente lograr êxito em ocultar ou dissimular o aproveitamento dos referidos bens. Estabelece-se, assim, uma distinção entre (a) os atos de aquisição, recebimento, depósito ou outros negócios jurídicos que representem o próprio aproveitamento (pelo agente ou terceiros), o desfrute em si, da vantagem patrimonial obtida no delito dito 'antecedente', e (b) aquelas ações de receber, adquirir, ter em depósito, as quais se encontrem integradas como etapas de um processo de lavagem ou, ainda, representem um modo autônomo de realizar tal processo, não constituindo,

²⁷⁷ Votaram pela absolvição os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

por conseguinte, a mera utilização do produto do crime, mas um subterfúgio para distanciar tal produto de sua origem ilícita.

Especificamente quanto à temporalidade dos atos caracterizadores da lavagem, o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014k, p. 31), responsável por abrir a divergência vencedora, condicionou a punibilidade da autolavagem à prática de atos de ocultação ou dissimulação distintos e posteriores àqueles consumativos do delito antecedente. Em seu voto, ressaltou que:

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a possibilidade de o autor do crime antecedente ser responsabilizado também pela lavagem do dinheiro recebido a título de propina (autolavagem). A ressalva que se faz, de modo a evitar dupla incriminação pelo mesmo fato, é no sentido de que a caracterização da lavagem de dinheiro pressupõe a realização de atos tendentes a conferir a aparência de ativo lícito ao produto do crime antecedente, já consumado. Nesse sentido, o concurso entre os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro depende da realização de atos pelo agente corrompido que visem à inserção do produto do crime na economia formal.

[...]

O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida (*ibidem*, p. 31).

Também nesse sentido, a Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2014k, p. 54) salientou que “o ato configurador da lavagem há de ser, a meu juízo, distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime antecedente”. Assim, com base nesse e em outros fundamentos, formou-se a maioria para absolver o Embargante.

No entanto, e a despeito da controvérsia que se instaurou no sobredito julgamento, é importante explicitar duas constatações: i) nenhum dos Ministros – nem mesmo aqueles que votaram pela absolvição do Embargante – defendeu a impossibilidade de se punir a autolavagem (pelo contrário: todos admitiram tal possibilidade); ii) nenhum dos Ministros – nem mesmo aqueles que votaram pela condenação do Embargante – defendeu que a lavagem poderia se consumir no exato instante de consumação do delito produtor, através dos mesmos atos (isto é: não se sustentou a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e a infração penal antecedente).

Depois do julgamento dos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/MG, o Supremo Tribunal Federal voltou a se pronunciar algumas vezes sobre o tema. Na AP 694/MT (BRASIL, 2017n), julgada em 2017, e que tramitou perante a Primeira Turma sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, decidiu-se que, tendo em vista os atos caracterizadores da infração penal dita antecedente, “de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos,

tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente”. Já na AP 644/MT, que por sua vez tramitou na Segunda Turma do STF sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, manteve-se o referido entendimento, consignando-se que, para a caracterização da lavagem sobre os recursos provenientes de um determinado crime anterior, “seria necessário ato subsequente, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos” (BRASIL, 2018k, p. 21). Também na AP 996/DF (BRASIL, 2019e), de relatoria do Min. Edson Fachin, aduziu-se que, “verificada a autonomia entre o ato de recebimento de vantagem indevida oriunda do delito de corrupção passiva e a posterior ação para ocultar ou dissimular a sua origem, possível é a configuração do crime de lavagem de capitais”.

Nesse passo, o que os precedentes do Supremo Tribunal Federal revelam é que a Corte, admitindo a punibilidade da autolavagem, exige que os atos caracterizadores da lavagem sejam distintos e posteriores em relação àqueles realizadores da infração penal antecedente. E a admissão da autolavagem vem fundamentada em diversos argumentos: (i) na ausência de dispositivo legal que excepcione a incidência do tipo penal da lavagem ao autor da infração antecedente; (ii) na autonomia do delito de lavagem em relação ao delito produtor; (iii) nos motivos apresentados pelo Legislador no projeto da Lei n. 9.613/98; (iv) nos diversos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que tratam a punibilidade da autolavagem como a regra; (v) na ampla admissão da jurisprudência e doutrina pátrias quanto à punibilidade da autolavagem. O STF vem ressaltando, porém, que a autolavagem só pode ser reconhecida quando realizada por atos distintos e posteriores dos que aperfeiçoaram o delito antecedente.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também jamais vacilou quanto à punibilidade da autolavagem. No Recurso Especial n. 1.234.097, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, julgado em 2011, consignou-se que, “conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, dada a diversidade dos bens jurídicos atingidos e a autonomia deste delito” (BRASIL, 2011c)²⁷⁸. Já no Recurso Especial n. 1.222.580, de relatoria do Min. Sebastião Reis (BRASIL, 2014h), apontou-se que:

O agente que praticou o crime contra o sistema financeiro nacional (art. 22 da Lei n. 7.492/1996) pode também ser sujeito ativo do delito de lavagem de capitais (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), não constituindo este mero exaurimento impunível do primeiro crime e tampouco ficando caracterizado o *bis in idem* em decorrência da dupla punição. São condutas independentes, cada qual tipificada autonomamente, inexistindo, no ordenamento jurídico, qualquer previsão excluindo a responsabilidade do autor do crime antecedente pelo delito posterior²⁷⁹.

²⁷⁸ Trecho da ementa do referido julgado.

²⁷⁹ Trecho da ementa do referido julgado.

Ainda no STJ, no mesmo sentido caminharam as decisões proferidas no Recurso Especial n. 1.342.710, no Habeas Corpus n. 138.249, na APn 472, na APn 804, na APn 856 e na APn 922, todas admitindo a punibilidade da autolavagem.

Na APn 472, entendeu-se que a lavagem, mesmo em relação ao autor do delito antecedente, não se caracteriza por “atos de aquisição, recebimento, depósito ou outros negócios jurídicos que representem o próprio aproveitamento (pelo agente ou terceiros), o desfrute em si, da vantagem patrimonial obtida no delito dito ‘antecedente’” (BRASIL, 2011a)²⁸⁰.

Para além disso, é importante observar ainda que, assim como ressaltado pelo STF, também no STJ vem se cristalizando o entendimento de que, embora punível, o reconhecimento da autolavagem depende da prática de atos distintos e posteriores daqueles que realizaram o delito antecedente. Assim, na APn 804, em julgamento realizado pela Corte Especial do STJ, absolveu-se um acusado porque ele não teria realizado “ações posteriores e autônomas com aptidão para convolar os valores obtidos com a prática delituosa em valores com aparência de licitude na economia formal” (BRASIL, 2018a)²⁸¹.

Quanto ao ponto, a Corte Especial do STJ consolidou esse entendimento na APn 856 (BRASIL, 2018b)²⁸² e na APn 922, ambas de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Nesses julgados, tal como consignado na APn 922 (BRASIL, 2019a), considerou-se que:

Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem –, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime. Isso porque o crime de lavagem de dinheiro “corresponde a uma conduta criminosa adicional, que se caracteriza mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo” (BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais, Crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas. Curitiba: Juruá, 2017, p. 44).

[...]

Assim, de fato, haverá crime de lavagem de dinheiro nas hipóteses em que as condutas subsequentes ao crime antecedente sejam praticadas com o objetivo de dar aparência de licitude ao proveito do delito, não havendo de se cogitar de consunção, nessa hipótese, em razão de nova lesão a bem jurídico autônomo²⁸³.

Bem se vê, então, que também no STJ há sólido entendimento admitindo a punibilidade da autolavagem, ressaltando-se, porém, que os atos caracterizadores da lavagem de dinheiro

²⁸⁰ Trecho do voto do Min. Teori Zavascki, que consta na página 15.

²⁸¹ Trecho do voto do Min. Og Fernandes, que consta nas páginas 26-27.

²⁸² Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi, que consta nas páginas 32-34.

²⁸³ Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi, que consta nas páginas 28-30, cf. Brasil (2019a).

devem ser distintos e posteriores em relação àqueles realizadores do delito produtor, assim como feito pelo STF.

Do exposto, é imperioso reconhecer que os nossos Tribunais Superiores possuem um entendimento sólido quanto à punibilidade da autolavagem. Mas sem embargo disso, também não se pode deixar de apontar, que ainda parecem ser poucos – e singelos – os filtros estabelecidos para se evitar uma irrestrita punibilidade, pela lavagem, do autor do delito antecedente. A essa altura, então, é importante analisar a forma com que a matéria vem sendo enfrentada nas legislações e tribunais estrangeiros.

4.3. Jurisprudência estrangeira a respeito da autolavagem

Assim como no Brasil, em determinados países a legislação de combate à lavagem também é – ou foi – silente quanto à punibilidade da autolavagem. Nesse passo, e buscando compreender a forma com que essa e algumas outras questões relacionadas à lavagem foram enfrentadas em tais países, realizamos uma sucinta pesquisa jurisprudencial nos mais altos Tribunais dos Estados Unidos, Portugal e Espanha. Naquele primeiro país, em função da influência que irradia em todo o mundo em matéria de lavagem de capitais²⁸⁴ e, nesses dois últimos, em razão da similaridade de seus sistemas jurídicos com o sistema brasileiro. Vejamos, então.

4.3.1. Jurisprudência estadunidense

Embora a Itália tenha sido o primeiro país a regular o crime de lavagem de dinheiro, os Estados Unidos da América foram os pioneiros no tratamento autônomo desse delito (CALLEGARI; WEBER, 2017b, p. 92). Essa criminalização diferenciada foi empreendida pelo *Money Laundering Control Act of 1986* (Ato de controle da lavagem de dinheiro de 1986), pertencente ao *Anti-drug Abuse Act of 1986* (Ato antiabuso de droga de 1986) (*ibidem*, p. 96). Com esse diploma, acrescentou-se ao capítulo 995, do Código Americano, (em seu título 18, parte I) as seções 1956 e 1957 (*ibidem*, p. 96).

A seção 1956 tipifica como lavagem de dinheiro a conduta daquele que (i) conduz ou tenta realizar uma transação financeira com o produto de atividade ilegal, quando ciente de sua proveniência criminosa; (ii) com a intenção de promover o exercício de atividades ilegais, ou

²⁸⁴ Vide a atuação do “*Office of Foreign Assets Control Regulations (OFAC)*”.

com o ânimo de ocultar ou disfarçar a natureza, o local, a fonte, a propriedade ou o controle do produto de conduta ilícita, ou de evitar um requisito de relatório de transações de acordo com a lei estadual ou federal: (ii.1) tenta ou consegue transportar, transmitir ou transferir fundos dos Estados Unidos para outro país, e vice-versa; ou (ii.2) realiza uma transação financeira envolvendo bens que são produtos de atividades ilegais ou bens usados para conduzi-las ou facilitá-las²⁸⁵.

Por outro lado, segundo a seção 1957, configurar-se-á o branqueamento de capitais quando o agente conscientemente se envolver (ou tentar se envolver) em uma transação monetária de valor ilícito superior a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), esclarecendo o dispositivo que, se a ação for realizada em outro país, haverá a punibilidade da conduta se o autor for americano²⁸⁶.

No que diz respeito à autolavagem, a legislação norte-americana não faz nenhuma ressalva em relação à punibilidade, pela lavagem, do autor do delito produtor. No entanto, a jurisprudência estadunidense sempre admitiu a punibilidade da autolavagem (CORDERO, 2015, p. 642; HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 19)²⁸⁷. Assim, e buscando compreender a forma com que alguns aspectos da lavagem de dinheiro têm sido enfrentados naquele país, realizamos uma busca com o termo “*money laundering*” no sítio eletrônico da Suprema Corte Americana (*Supreme Court of the United States of America*) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019)

²⁸⁵ Confira a transcrição de trechos da seção 1956: “1956 (1)Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity. [...] (2)Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States. (a) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (b)knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part— (i)to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, [...] (3)Whoever, with the intent— (a) to promote the carrying on of specified unlawful activity; (b) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or (c)to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity (...)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986a).

²⁸⁶ Confira trecho da seção 1957: “(a)Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a value greater than \$10,000 and is derived from specified unlawful activity (...). (d)The circumstances referred to in subsection (a) are (1)that the offense under this section takes place in the United States or in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or (2)that the offense under this section takes place outside the United States and such special jurisdiction, but the defendant is a United States person (as defined in section 3077 of this title, but excluding the class described in paragraph (2)(D) of such section)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986b).

²⁸⁷ Em relação à admissão da autolavagem pela jurisprudência norte-americana, embora não tenhamos encontrado julgados da Suprema Corte que analisem e debatam propriamente o tema, o caso *United States v. Santos*, adiante analisado, tratava-se de um feito que envolvia a admissão da autolavagem.

e foram encontrados 78 (setenta e oito) resultados, dos quais apenas 02 (dois) nos parecem propriamente relevantes aos temas aqui trabalhados.

Um dos principais julgados foi o *United States v. Santos*, que impôs à Suprema Corte Americana a análise do termo “*proceeds*” (proventos ou rendimentos, em tradução livre), que poderia significar tanto o “valor bruto” de uma determinada operação quanto apenas o seu “lucro” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008b, p. 1-2)²⁸⁸. Como a “*Money Laundering Control Act*” criminaliza a tentativa e a realização de transações financeiras com os *proventos* (*proceeds*) de uma conduta ilegal, o significado dado a essa palavra (se “valor bruto” ou apenas “lucro”) definiria a ocorrência ou não do delito²⁸⁹.

No caso, um indivíduo foi acusado de operar uma loteria clandestina, em que os recursos arrecadados eram utilizados tanto para o pagamento dos funcionários (que recebiam uma remuneração fixa acrescida de uma comissão pelas apostas) quanto para o pagamento do prêmio do sorteio (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008b, p. 1). Em razão de tais atividades financeiras (pagamento dos funcionários e dos prêmios), em primeira instância o referido indivíduo foi condenado por lavagem, na medida em que teria utilizado rendimentos (“*proceeds*”) de atividades criminosas em transações destinadas a promover o exercício de atividades ilegais, nos termos com que tipificado na seção 1956, item 1 (*ibidem*, p. 1).

Em seu recurso para a Suprema Corte Americana, o acusado alegou que não teria cometido lavagem porque o termo “*proceeds*”, elemento típico do delito, representaria apenas o “lucro” e não um objeto tão abrangente quanto as “receitas brutas” (*ibidem*, p. 1). A Suprema Corte Americana analisou o caso em 2008, absolvendo-o da imputação de branqueamento de capitais (*ibidem*, p. 2-3; 17). Por maioria, entendeu-se ali que os dicionários e o Código Penal Federal americano definem “*proceeds*”, por vezes, como “recebimentos brutos”, e, em outras vezes, como “lucros” (*ibidem*, p. 1-2; 6). E, por este motivo, dever-se-ia aplicar ao caso a regra da leniência (“*The rule of lenity*”), a qual exige que, se a norma penal for ambígua, a sua interpretação deve ser a mais favorável ao acusado (*ibidem*, p. 1-2; 6).

No entanto, uma vez que o referido entendimento resultou na necessidade de se demonstrar, nos casos concretos, que o objeto da lavagem era proveniente do “lucro” do delito produtor, em 2009, o Congresso norte-americano acrescentou o § 9º à seção 1956, dispondo

²⁸⁸ Cf. Estados Unidos da América (2008b, p. 1-2): “*However, dictionaries and the Federal Criminal Code sometimes define “proceeds” to mean “receipts” and sometimes “profits.”* (No entanto, os dicionários e o Código Penal Federal às vezes definem “proventos” como “receitas” e, às vezes, “lucros”, em tradução livre).

²⁸⁹ Cf. um dos trechos da seção 1956, pertencente ao “*Money Laundering Control Act*”, que cita o termo “*proceeds*”: “*1956 (1)Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986a).

que “*proceeds*” também incluiria os rendimentos brutos da conduta criminosa (CALLEGARI; WEBER, 2017b, p. 100)²⁹⁰.

Outro julgado importante é o *United States v. Cuellar* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2008a). Tratava-se ali do caso em que policiais encontraram com um indivíduo, enquanto este dirigia em direção ao México, a quantia aproximada de US\$81.000,00 (oitenta e um mil dólares) em dinheiro escondidos em seu veículo (embalados e misturados em pelos) (*ibidem*, p. 1). Em primeira instância, ele foi condenado por lavagem de dinheiro por ter violado, em tese, a seção 1956 (a, 2, B, i)²⁹¹, na medida em que, ciente de sua proveniência criminosa, teria tentado transportar fundos dos Estados Unidos para um outro país, com a intenção de ocultar ou dissimular a natureza, o local, a fonte, a propriedade ou o controle deste produto (*ibidem*, p. 1).

Em seu recurso para a Suprema Corte Americana, a defesa sustentou a ausência de caracterização da lavagem, porque não se teria demonstrado que o transporte oculto de valores em espécie se revestia da intenção de lavar a referida quantia (*ibidem*, p. 1; 4). O recurso foi provido à unanimidade, esclarecendo-se no julgado que o Estado havia se limitado a provar que o Recorrente escondera valores enquanto os transportava, sem demonstrar, contudo, que ele atuava com a intenção de lavagem (*ibidem*, p. 4). Nesse passo, mesmo reconhecendo-se que o agente buscou ocultar valores enquanto saía do país, ele foi absolvido quanto ao delito de lavagem de dinheiro (*ibidem*, p. 2).

Também merece destaque a distinção que a jurisprudência norte-americana realiza entre a lavagem de dinheiro e a mera utilização do produto criminoso (CORDERO, 2015, p. 659-660)²⁹². É que, para os Tribunais estadunidenses, a utilização ou o mero gasto do produto criminoso não necessariamente caracterizam a lavagem, ainda que o agente conheça a origem

²⁹⁰ Cf. o referido § 9º: “(9) the term “*proceeds*” means any property derived from or obtained or retained, directly or indirectly, through some form of unlawful activity, including the gross receipts of such activity.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986a). (Em tradução livre, “(9) o termo ‘produto’ significa qualquer propriedade derivada ou obtida ou retida, direta ou indiretamente, por meio de alguma atividade ilegal, incluindo os recebimentos brutos de tal atividade.”)

²⁹¹ Cf.: “(2)Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States [...] (B)knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part (i)to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity;” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986a).

²⁹² O autor cita os seguintes julgados, na página 660: “United States v. Dvorak, 617 F.3d 1017, 1022 (8th Cir. 2010); United States v. Law, 528 F.3d 888, 895-96 (D.C. Cir. 2008); United States v. Hall, 434 F.3d 42, 50 (1st Cir. 2006); United States v. Marshall, 248 F.3d 525, 538-39 (6th Cir. 2001); United States v. Stephenson, 183 F.3d 110, 120 (2d Cir. 1999); United States v. Willey, 57 F.3d 1374, 1385 (5th Cir. 1995); United States v. Jackson, 935 F.2d 832, 842 (7th Cir. 1991); United States v. Sanders, 928 F.2d 940, 946 (10th Cir. 1991).” (CORDERO, 2015).

ilícita do montante (*ibidem*, p. 660). O aperfeiçoamento do delito dependerá da presença, ou não, do intuito de lavagem. Assim, muito se discute a respeito dos casos em que as transações realizadas poderiam tanto conter o ânimo de ocultar a origem do dinheiro quanto o de simplesmente usufruir os benefícios pessoais imediatos do recurso obtido com o delito produtor (*ibidem*, p. 660). E, em tais casos sensíveis, também denominados como “*dual purpose transactions*”, o critério para se aferir a caracterização (ou não) da lavagem reside na comprovação do elemento subjetivo do agente: se demonstrado o intuito de, através da utilização do produto criminoso, ocultar-se a sua proveniência ilícita, ter-se-á a caracterização da lavagem; ao passo que, sem essa intenção, não se dará o branqueamento (*ibidem*, p. 660).

4.3.2. Jurisprudência portuguesa

Em Portugal, o diploma que primeiro criminalizou a lavagem de dinheiro foi o Decreto-Lei 15/93 (PORTUGAL, 1993), de 22 de janeiro, em seu art. 23²⁹³, que o relacionava apenas com o tráfico de drogas (PORTUGAL, 2010). A partir daí, criou-se um catálogo de crimes antecedentes e, aos poucos, foram acrescentadas outras infrações (*ibidem*). Atualmente, vigora o rol inscrito no art. 368-A do Código Penal português, que considera como delitos precedentes o

lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos (PORTUGAL, 2019b).

²⁹³ Cf. o teor do referido dispositivo: “Artigo 23.º Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos
1 - Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de infração prevista nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infrações a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou de direitos a eles relativos é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Os adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - A punição pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infrações dos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º

3 - A punição pelos crimes previstos no n.º 1 tem lugar ainda que os factos referidos nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º hajam sido praticados fora do território nacional.” (PORTUGAL, 1993).

Ainda a respeito deste artigo, é interessante observar que a legislação portuguesa estabelece que o *quantum* de pena aplicada ao crime de branqueamento de capitais não pode superar o limite máximo da pena mais elevada dentre os possíveis crimes antecedentes presentes no catálogo transcrito²⁹⁴.

Buscando conhecer alguns aspectos da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em relação à lavagem, realizamos, nas bases jurídico-documentais portuguesas (INSTITUTO DE GESTÃO FINANCEIRA E EQUIPAMENTOS DA JUSTIÇA, 2019), uma pesquisa dos acórdãos proferidos por aquele Tribunal com os termos “lavagem” e “branqueamento”. Obtivemos, respectivamente, 249 (duzentos e quarenta e nove) e 208 (duzentos e oito) resultados, não obstante apenas alguns desses julgados apresentem maior relevância para o estudo aqui proposto.

No que toca à autolavagem, inicialmente a legislação portuguesa era silente em relação à sua punibilidade (CAEIRO, 2010, p. 188). Contudo, a Lei 11/2004 aditou o art. 368-A do Código Penal português, pacificando que o autor do delito produtor poderia responder, também, pelo delito de branqueamento de capitais (*ibidem*, p. 188). Assim, a atual redação do art. 368-A, do Código Penal Português (PORTUGAL, 2019a), diz que comete lavagem:

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal [...].

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos. (Sem grifos no original)

No entanto, e mesmo após a alteração legislativa, ainda se questionava a respeito da punibilidade da autolavagem nos casos ocorridos em momento anterior ao da modificação legal (CAEIRO, 2010, p. 187-188). Para resolver este impasse, em 22/03/2007 o Supremo Tribunal de Justiça português proferiu uma decisão de fixação de jurisprudência²⁹⁵, declarando que, mesmo à luz da legislação anterior (silente quanto à punibilidade da autolavagem), era possível que o autor do delito produtor (tráfico de drogas, no caso) fosse responsabilizado também pelo branqueamento de capitais (CAEIRO, 2010, p. 188).

²⁹⁴ Cf. o item 10 do art. 368-A do Código Penal português: “10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.” (PORTUGAL, 2019b).

²⁹⁵ Cf. o teor do sumário (PORTUGAL, 2007b): “Na vigência do artº 23º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artº 21º, nº 1, do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu nº 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.”

No julgado em questão, entendeu-se que o tipo do delito de lavagem não fazia qualquer ressalva em relação à sua não incidência sobre o autor do delito produtor, razão pela qual também ele poderia ser alcançado pelo tipo do branqueamento. Também se aduziu, na decisão, que “só haverá concurso aparente entre o facto principal e o facto posterior se a este não couber qualquer significado autónomo perante a violação principal de bens jurídicos. Caso contrário, configurar-se-á uma situação de concurso real” (PORTUGAL, 2007b). E, assim, consignando que a lavagem de dinheiro frequentemente tutela um bem jurídico distinto daquele protegido no delito produtor, considerou-se possível o concurso de crimes entre tais infrações, porque o branqueamento comumente apresentará um significado autónomo em relação àquele apresentado pelo crime anterior (*ibidem*). Posteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça fortaleceu este posicionamento, admitindo a punibilidade da autolavagem também em outras ocasiões (PORTUGAL, 2017b, 2014a, 2014b).

Ainda sobre a relação entre a lavagem de dinheiro e o delito produtor, o Supremo Tribunal de Justiça esclareceu que, como se tratam de delitos autónomos, este último (o delito produtor) não precisa ter sido sequer punido – seja em razão da incidência da prescrição ou até mesmo porque se desconhece quem o praticou – para que o agente também possa responder pelo branqueamento de capitais (PORTUGAL, 2014a). Seria necessário, então, apenas a ciência do cometimento desse crime anterior, sendo “dispensável o conhecimento do tempo, lugar, forma de cometimento, autor e vítima do crime precedente” (*ibidem*).

Sob a mesma lógica, houve uma relevante alteração legislativa. O item 5 do art. 368-A, que sanciona o crime de branqueamento de capitais, inicialmente estabelecia que a referida infração não seria punida se o delito antecedente dependesse de queixa para ser processado e esta não tivesse sido tempestivamente oferecida²⁹⁶. Contudo, com a Lei n. 83/2017, a disposição legal passou a ser diametralmente oposta, no sentido de que a lavagem de dinheiro será punível ainda que a queixa pelo crime precedente não tiver sido nem mesmo apresentada²⁹⁷.

No tocante ao bem jurídico protegido pela lavagem de capitais, já se destacou no Supremo Tribunal de Justiça português que o “bem jurídico protegido pela incriminação é a realização da justiça, na sua particular vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos da actividade criminosa” (PORTUGAL, 2014a). E, com efeito, o art. 368-A do

²⁹⁶ Cf. a versão anterior do item 5, do art. 368-A do Código Penal português, definida pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro (PORTUGAL, 2007a): “5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.”

²⁹⁷ Cf. a alteração legislativa (PORTUGAL, 2017a): “5 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada.”

Código Penal português está inserido no Título V (“Dos crimes contra o Estado”), Capítulo III, assim intitulado: “Dos crimes contra a realização da justiça” (PORTUGAL, 2019a).

Por fim, destaca-se um outro entendimento jurisprudencial, relativo à ocorrência de fraude fiscal e lavagem de dinheiro (PORTUGAL, 2010). Neste caso, os fatos teriam ocorrido entre 1997 e 2003, e a defesa argumentou que somente poderiam ser imputados os crimes de lavagem de dinheiro praticados após a edição da Lei 10/2002, de 11/02, tendo em vista que somente a partir daí é que a fraude fiscal foi inserida no rol de crimes anteriores ao branqueamento de capitais (*ibidem*). O Supremo Tribunal de Justiça português afastou esta tese, expondo que, embora alguns atos de fraude fiscal tenham ocorrido antes de sua inserção no rol de delitos produtores, isto não seria suficiente para desconfigurar a lavagem de dinheiro, porque os atos de branqueamento só teriam ocorrido quando da vigência da referida lei (*ibidem*). Concluíram, então, pela caracterização de ambos os delitos (*ibidem*).

4.3.3. Jurisprudência espanhola

Na Espanha, a criminalização da lavagem de dinheiro iniciou-se com a edição da “*Ley Orgánica 1/1998, de 24 de marzo*”, que considerava apenas o tráfico de drogas como o possível delito produtor (CORDERO, 2015, p. 197). Sucederam-se algumas alterações legislativas e atualmente ela está prevista o art. 301 do Código Penal Espanhol²⁹⁸, dispondo que qualquer crime pode figurar como delito produtor (CORDERO, 2015, p. 200).

Inicialmente, a legislação espanhola era silente a respeito da punibilidade, ou não, da autolavagem (*ibidem*, p. 644). Por isso, houve um considerável dissídio sobre a punibilidade da autolavagem até 2010, quando da edição da “*Ley Orgánica 5/2010*”, que passou expressamente a prevê-la no art. 301, item 1, do Código Penal Espanhol (*ibidem*, p. 644).

Antes desta alteração, como as normas espanholas não dispunham sobre a matéria, uma parcela da doutrina defendia a punibilidade da autolavagem, ao passo que a outra²⁹⁹ sustentava que o autor do delito produtor deveria ser excluído do rol dos sujeitos ativos da lavagem de capitais, porque o branqueamento realizado se tratava, na verdade, de um ato posterior

²⁹⁸ Cf. um trecho deste artigo: “*Artículo 301.*

1. *El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. (...)*” (ESPANHA, 1995a).

²⁹⁹ Dentre os autores que negavam a autolavagem, Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 632) cita: Cobo Del Rosal, Zabala López-Gómez, Moreno Cánoves, Ruiz Marco e Vidales Rodríguez.

coapenado, ou de uma conduta (impune) destinada a tornar seguro o proveito do crime (*ibidem*, p. 632).

Para aqueles que eram favoráveis à punibilidade da autolavagem³⁰⁰, as justificativas essenciais eram as de que: i) os bens jurídicos dos delitos envolvidos eram distintos entre si, de modo que a conduta do delito produtor não seria consumida pela lavagem de dinheiro; ii) o delito produtor não absorve o desvalor do branqueamento, pois este último, inclusive, pode possuir uma pena superior ao do primeiro, evidenciando a sua autonomia; iii) ao contrário do que ocorre com os delitos de favorecimento real e de receptação, o art. 301 do Código Penal Espanhol não excluía a punibilidade da autolavagem (*ibidem*, p. 633).

Por outro lado, os que negavam a punibilidade da autolavagem por considerar que, nesse caso, ela se apresentaria como um ato posterior coapenado, afirmavam haver aí um concurso de normas resolvido com a aplicação do princípio da consunção (*ibidem*, p. 633). Como o desvalor do delito produtor supostamente englobaria o desvalor da lavagem, punir a prática de ambos constituiria *bis in idem* (*ibidem*, p. 634). Já o argumento da não punibilidade da conduta destinada a tornar seguro o proveito do crime estaria relacionado com o princípio da inexigibilidade de conduta diversa, pois não se pode exigir daquele que cometeu um delito que se entregue à Justiça (*ibidem*, p. 640).

Antes da reforma legislativa de 2010, em algumas ocasiões, o Tribunal Supremo Espanhol se posicionou contrariamente à punibilidade da autolavagem, entendendo que, para um indivíduo ser autor ou partícipe da lavagem de dinheiro, o delito produtor deveria ter sido realizado por outrem (*ibidem*, p. 636). Um desses importantes julgados foi o “*Recurso de Casación*” 575/2003 (ESPANHA, 2003), que negou a responsabilização autônoma pela ocultação ou transformação dos produtos criminosos por aquele que havia sido condenado pelo delito produtor (*ibidem*, p. 4; CORDERO, 2015, p. 637).

No julgado, considerou-se que um condenado por tráfico de drogas não teria cometido a lavagem porque, na previsão do delito de tráfico de drogas já estariam abrangidos os rendimentos dessa atividade ilícita e que o proveito ou mesmo a ocultação de tais valores se trataria ainda do exaurimento do delito (ESPANHA, 2015, p. 4)³⁰¹. Concluiu-se, assim, que “*si existe condena por un delito de tráfico de drogas y completa identidad entre el objeto*

³⁰⁰ Segundo Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 632), defendiam esse posicionamento: Del Carpio Delgado, Díez Ripollés, Fabián Caparrós, Martínez-Buján Pérez e Palomo Del Arco.

³⁰¹ No julgado, apontou-se que: “*Consecuentemente, no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el art. 368 C.P. ya contempla actos de tráfico, en los que van implícitas las ganancias, que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar*”. (ESPANHA, 2015, p. 4).

económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico” (ibidem, p. 4).

Em outra oportunidade, no julgamento do “*Procedimiento Sumario*” 550/2006 (ESPANHA, 2006b, p. 25), o Tribunal Supremo Espanhol ressaltou que, para a verificação da incidência da consunção, seria necessária uma completa identidade entre a autoria do delito produtor e a lavagem (CORDERO, 2015, p. 637). Desse modo, decidiu-se que “*no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito (blanqueo) a quien a su vez ha sido castigado como autor del delito base (tráfico)*” (ESPANHA, 2006b, p. 26).

Em julho de 2006, no entanto, o Tribunal Supremo Espanhol celebrou o “*Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda*”, esclarecendo que o art. 301 do Código Penal (àquela época, antes da reforma de 2010) não impossibilitava, em todo e qualquer caso, o concurso real do branqueamento de capitais com o delito antecedente³⁰². Contudo, a referida disposição foi criticada por Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 643), porque não estabelecia em qual caso estaria excluído o concurso de crimes e em qual caso não.

Posteriormente, o Tribunal Supremo Espanhol considerou que, existente uma identidade entre o autor do delito produtor e o da lavagem, põe-se a dúvida se há, entre tais infrações, a ocorrência de um concurso real ou um concurso aparente de normas (ESPANHA, 2007, p. 10). E, no julgado, decidiu-se que “*si una de las normas a aplicar no abarca la total antijuricidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido*” (*ibidem*).

Com a edição da “*Ley Orgánica 5/2010*”, porém, pacificou-se a admissão da punibilidade da autolavagem, porque o texto legal a previu expressamente (CORDERO, 2015, p. 643). Interessante pontuar que o preâmbulo deste diploma normativo não expôs os motivos que justificaram esta alteração (*ibidem*, p. 645). Nesta lei, também se expandiu o tipo da lavagem, que passou a poder se caracterizar mesmo quando o agente apenas *possuir* ou *utilizar* o montante de origem ilícita, o que tem gerado incisivas críticas doutrinárias por uma aparente violação ao *non bis in idem* (*ibidem*, p. 648-649).

Procurando compreender alguns outros aspectos do entendimento do Tribunal Supremo Espanhol sobre o tema, buscamos no sítio virtual dessa Corte o termo “autoblanqueo”

³⁰² Cf. “Primer Punto – ACUERDO EL ARTÍCULO 301 CODIGO PENAL NO EXCLUYE, EN TODO CASO, EL CONCURSO REAL CON EL DELITO ANTECEDENTE”. Disponível em: ESPANHA, 2006a; CORDERO, 2015, p. 643.

(ESPANHA, 2019a) e encontramos um total de 62 (sessenta e dois) acórdãos, cujos aspectos que consideramos mais relevantes seguem expostos adiante.

Um desses julgados é o *Recurso de casación 366/2019*, proferido em 17/07/2019, em que se entendeu que as condutas de *possuir* ou *utilizar* recursos provenientes de crime são aptas para a caracterização da lavagem, desde que presente, no caso, a finalidade de ocultar ou encobrir a origem ilícita destes bens, nos termos com que disposto no art. 301 do Código Penal Espanhol (ESPANHA, 2019d, p. 70-71). O Tribunal Supremo já se manifestou, em outros momentos, nesse mesmo sentido (ESPANHA, 2017c, p. 57-59; 2017b, 13; 2015a, 14; 2019c, 25-26; 2019b, 43; 2015b, p. 24-25).

Em outra oportunidade, no *Recurso de casación, n. 583/2017*, pontuou-se que o simples desfrute ou uso dos lucros provenientes de atividades ilícitas não constitui, por si só, a lavagem de dinheiro, pois seria preciso que a conduta fosse motivada pelo fim de ocultar a origem criminosa do bem ou de auxiliar o autor do delito produtor a evitar as consequências jurídicas de seu ato (ESPANHA, 2017c, p. 57-59). Assim, a aquisição de produtos de consumo não configuraria a lavagem de capitais, porque essa conduta não estaria orientada a ocultar ou a encobrir a origem criminosa dos proventos, nem a evitar a repressão do delito produtor (*ibidem*, p. 58)³⁰³. Ainda segundo a Corte, admitir a relevância penal de tal conduta conduziria a uma excessiva penalização, pois, em se tratando de um delito produtor que apresenta efeitos econômicos, qualquer ato de aproveitamento poderia desaguar na lavagem de dinheiro (ESPANHA, 2017a, p. 25; ESPANHA, 2015b, p. 25). Por conseguinte, violar-se-iam os princípios da proporcionalidade, da lesividade material e do *non bis in idem* (ESPANHA, 2017a, p. 25).

Acerca do bem jurídico protegido pelo crime de branqueamento de capitais, há decisões do Tribunal Supremo, que afirmam que o delito tutela, conjuntamente, a ordem socioeconômica e os interesses da Administração da Justiça, apresentando a lavagem um caráter pluriofensivo (ESPANHA, 2019c, p. 25; ESPANHA, 2019b, p. 43).

Finalmente, vale registrar que o Tribunal Supremo Espanhol também já se manifestou sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância na lavagem. E, conforme esclareceu-se na *Apelación procedimiento abreviado 642/2018*, seriam atípicos os atos típicos de lavagem promovidos sobre um produto criminoso de importância irrelevante, por não se vislumbrar aí nenhuma ofensa à ordem socioeconômica (ESPANHA, 2018, p. 9-10). Nesta decisão, porém,

³⁰³ Cf. também a seguinte decisão, especialmente a sua página 25: Espanha (2017^a).

não se reconheceu a incidência da insignificância em razão das peculiaridades do caso em julgamento (*ibidem*, p. 10).

O *Recurso de casación* 809/2014 (ESPAÑA, 2014) também analisou a possibilidade de aplicação da insignificância, mas concluiu que, no caso concreto, a lavagem de 13.000,00€ (treze mil euros) (por meio da aquisição de um veículo) não era insignificante, em virtude de exceder a quantia anual do salário mínimo interprofissional e se assemelhar, ainda, ao valor a partir do qual o GAFI (“*Grupo de Acción Financiera Internacional*”) determina uma especial vigilância (quinze mil euros) sobre as transações financeiras (*ibidem*, p. 5).

Contudo, é preciso pontuar que a admissão do princípio da insignificância não é pacífica. No *Procedimiento sumario* 265/2015, defendeu-se que o critério quantitativo é pouco relevante (ESPAÑA, 2015a, p. 16). Esclareceu-se que a verificação da presença ou não do objetivo de ocultar ou encobrir os bens ou a assistência ao agente responsável pelo crime de que estes provêm já permitem uma interpretação correta do tipo (*ibidem*, p. 16). Mediante este critério, as atividades cotidianas de compras, que visam satisfazer necessidades vitais diárias, não seriam atingidas pela lavagem, porque não apresentariam as qualidades típicas do branqueamento de capitais (*ibidem*, p. 16)³⁰⁴.

4.4. Da distinção entre a utilização ou a “blindagem” do produto criminoso e os atos típicos de lavagem

Segundo entendemos, a utilização, gozo ou movimentação do produto criminoso não podem ser tomados, por si sós, como atos típicos de lavagem³⁰⁵. Afinal, é absolutamente comum – para não dizer esperado –, que o autor do delito produtor realize ao menos alguma dessas condutas, que constituem, em muitas das vezes, a própria finalidade última por trás da prática delitativa.

³⁰⁴ Cf. a transcrição de trecho da página 16 deste julgado: “*Estas críticas llevan a la referida resolución a postular ‘al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, al que no pueden serle privadas las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas’.* Esta restricción cuantitativa, sin embargo, es escasamente relevante. Lo determinante debe ser la aplicación del criterio anteriormente referido, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado. Con una interpretación correcta del tipo, como la que se expone y aplica en la presente resolución, las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, no están en absoluto proscritas, porque no constituyen actos incluidos en la conducta típica del delito de blanqueo”. (ESPAÑA, 2015a).

³⁰⁵ Também nesse sentido, cf.: Badaró e Bottini (2016, p. 120-121), Bitencourt (2016, p. 449); Mendroni (2015, p. 119); Sanctis (2008, p. 69).

É nessa linha, aliás, que caminha a jurisprudência norte-americana e a distinção entre a utilização do produto criminoso e os atos típicos de lavagem já foi assinalada inclusive em algumas decisões do STF, em que o Min. Teori Zavascki ressaltou que “as ações de, simplesmente, receber ou ter em depósito valores que sejam produtos dos crimes antecedentes não são suficientes para a configuração dessa figura típica” (BRASIL, 2014k, p. 41).

No mesmo sentido é a lição de Pedro Caero (2010, p. 197):

A regra da consunção deverá ser judicialmente aplicada sempre que a concreta conduta do autor do facto precedente, preenchendo embora o tipo legal do branqueamento, corresponda apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva, por isso, considerar-se abrangida pela punição daquele facto³⁰⁶.

Por outro lado, e criticando o posicionamento em questão, João Costa Andrade (2009, p. 312) diz que:

No exemplo referido pelo Autor não se poderia sequer configurar, em bom rigor, a prática de um crime de branqueamento. Aquela *utilização ou aproveitamento normal* não basta, examinadas as exigências típicas, para efectivo preenchimento do ilícito-típico relevante. (...). Em suma, a consideração da conduta do “branqueador” como *prolongamento natural* de um crime de tráfico de estupefacientes, se se configurar como *simplex propósito de garantir a fruição normal do produto do crime precedente*, afasta desde logo, segundo pensamos, a possibilidade de se poder convocar o crime de branqueamento para o problema da unidade e pluralidade de crimes. Não estará, pois, em causa uma relação de consunção, mas um efectivo *não preenchimento* do crime de branqueamento.

A despeito da crítica em comento, entendemos que, em muitos casos, haverá o efetivo preenchimento da tipicidade objetiva (e quiçá subjetiva) do tipo de lavagem e, mesmo assim, não se poderá reconhecer o aperfeiçoamento de tal crime, porque os atos que o caracterizariam se apresentarão como ordinários ou habituais à prática do delito produtor. Ou seja: já estarão apenados pelo crime anterior. Assim, e muito embora tais atos realizem o tipo objetivo da lavagem, não vislumbramos a caracterização dessa infração na conduta daquele que, tendo obtido valores em espécie através da prática de algum delito, os deposita em sua conta bancária, informando à instituição financeira que eles possuiriam uma determinada origem lícita³⁰⁷; igualmente, também não enxergamos o aperfeiçoamento da lavagem na conduta do funcionário público que, após receber uma propina, a utiliza na compra de um automóvel e registra em nome de uma empresa pertencente aos seus pais, embora por ele controlada. Em todos esses

³⁰⁶ Igualmente, Isidoro Blanco Cordero aponta que “*la posesión y utilización de bienes de origen delictivo no constituyen conductas propiamente de blanqueo*” (2015, p. 570).

³⁰⁷ Nesse sentido é o exemplo dado por Pedro Caero. (2010, p. 202).

casos, haverá uma efetiva dissimulação da *origem* ou *propriedade* do produto criminoso, conduzindo a um verdadeiro preenchimento do tipo objetivo da lavagem.

Mas sem embargo disso, nos parece que haverá, em tais situações, a consunção da lavagem pelos delitos produtores, porque é absolutamente esperado que o agente – até mesmo para não se incriminar – dissimule para a instituição financeira a origem ilícita do produto criminoso que está depositando em sua conta bancária, assim como é natural, ou ao menos de ocorrência razoável, que o agente público corrompido não apenas receba *indiretamente* a vantagem indevida (art. 317, CP), mas que ele também a mantenha ou a disponha em nome de terceiros, que lhe são familiarmente muito próximos. Nesses casos, embora dissimulada a origem ou a propriedade do produto criminoso, com a conseqüente realização da tipicidade objetiva da lavagem, não nos parece que haverá um concurso efetivo entre o branqueamento e o crime anterior, mas apenas um concurso aparente, uma vez que os atos típicos de lavagem se revelarão habituais ou de razoável ocorrência em face do delito produtor, já preparado, portanto, para esgotar o desvalor de todo o comportamento.

Assim, por mais que eventuais atos de utilização, disposição ou negociação do produto criminoso resultem na ocultação ou dissimulação de sua origem ou propriedade, e ainda que o agente tenha atuado com um efetivo dolo de lavagem, ela não se caracterizará quando tais atos se revelarem ordinários ou habituais à posterior prática do delito produtor, porque eles constituirão, então, verdadeiros atos posteriores coapenados, absorvidos pelo crime anterior pela incidência da consunção.

Contudo, é digno de nota que a consunção dos pretensos atos típicos de lavagem pelo delito produtor não se dará apenas quando tais atos se revelarem habituais ou ordinários à realização do crime dito antecedente. Na verdade, ela incidirá sempre que o desvalor jurídico-penal de tais atos já estiver ao menos substancialmente abarcado no desvalor do delito produtor (AISA, 2004, p. 452; WELZEL, 1956, p. 228). Afinal, a regra geral é que a consunção se operará sempre que verificado, no caso concreto, que o desvalor de um ato (inclusive o posterior) já se encontra abarcado naquele de uma outra infração; e o caso em que se constata ser ordinária ou habitual a realização de um determinado ato posterior apenas ilustra uma situação específica, mas não única, dessa regra geral (HORTA; TEIXEIRA, 2009, p. 34).

Por fim, entendemos que é importante distinguir os atos típicos de lavagem daqueles que, em verdade, se limitam a criar maiores embaraços a uma eventual execução sobre o produto criminoso. É que, segundo nos parece, a disposição *não dissimulada* das vantagens ilícitas em nome do cônjuge ou de parentes de primeiro grau (pais e filhos) do autor do delito produtor não é hábil, por si só, a ocultar ou dissimular a origem ou propriedade do produto

criminoso, porque é evidentemente simplória e rudimentar a ocultação promovida. Igualmente, também não vislumbramos a caracterização da lavagem na conduta do agente que, tendo praticado um delito produtor, dispõe, de maneira não dissimulada, as vantagens por ele obtidas em nome de pessoas jurídicas a ele pertencentes, porque não há aí, também, nenhuma ocultação efetiva do produto criminoso. Em ambos os casos pode haver, eventualmente, a criação de uma “blindagem” patrimonial. Mas, desde que feita sem o emprego de alguma dissimulação, por mais que tal “blindagem” possa gerar embaraços a uma possível execução sobre o produto criminoso, não vislumbramos nela a realização de atos típicos de lavagem, porque a conduta empreendida não nos parece capaz de efetivamente ocultar a origem ou propriedade da vantagem do crime.

4.5. A questão cronológica envolvendo a lavagem e o delito produtor: possibilidade de concurso formal?

Apresentada a maneira com que a legislação e jurisprudência brasileira têm enfrentado a temática da autolavagem, bem como o tratamento que vem sendo dispensado ao assunto em outros países, estamos em condições de indagar: admitida a punibilidade da autolavagem, é possível que uma única ação seja a responsável por configurar, a um só tempo, tanto o delito produtor quanto a própria lavagem de dinheiro? Em outras palavras: é possível um concurso formal entre o delito produtor e a lavagem?

A questão, pela gravidade de suas repercussões teóricas e práticas, é das mais sensíveis no que diz respeito à autolavagem. E, nos nossos Tribunais Superiores, vigora um consolidado entendimento de que os atos caracterizadores da lavagem devem ser não apenas distintos, mas também posteriores àqueles realizadores da infração penal antecedente.

Diz-se, no STF, que “o ato configurador da lavagem há de ser (...) distinto e posterior à disponibilidade sobre o produto do crime antecedente” (BRASIL, 2014k, p. 54)³⁰⁸, que “de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos” (BRASIL, 2017n) e que, obtido um produto criminoso, à caracterização da lavagem “seria necessário ato subsequente, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos” (BRASIL, 2018k, p. 21). Também assim caminha a jurisprudência do STJ, que considera ser “possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem –, desde que

³⁰⁸ Trecho do voto da Min. Rosa Weber.

sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime” (BRASIL, 2019a, p. 28))³⁰⁹. A despeito disso, é curioso observar que, em relação a essa questão, no julgamento do Inq. 3.982/DF, o Min. Edson Fachin adiantou que estar-se-ia “diante de um tema seguramente sensível e que, mais cedo ou mais tarde, por certo, o Plenário deste Tribunal, de uma ou de outra forma também irá apreciar” (BRASIL, 2017p, p. 37).

No plano doutrinário, podemos destacar, dentre aqueles que enfrentam a matéria, o posicionamento de Pierpaolo Cruz Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 128-129), que defende a inadmissibilidade do concurso formal entre a lavagem e a infração anterior porque:

A lavagem de dinheiro na modalidade ocultação/dissimulação, como exposto, só existe se tais atos não estiverem contidos na infração penal antecedente. Mas, para além disso, é necessário que esse mascaramento ocorra *depois* que os bens se transformem em *produto* do delito – ou seja, após sua *mácula* pelo ilícito que se diz *antecedente*.

[...]

Por isso, o ato de ocultação/dissimulação que caracteriza a lavagem de dinheiro deve ser distinto, autônomo e posterior em relação à infração antecedente, do contrário, se dará a consunção ou a completa atipicidade da conduta, sob o prisma do crime previsto no art. 1º, da Lei 9.613/1998.

Igualmente é a lição de Marco Antônio de Barros (2017, p. 44), para quem “o delito de lavagem corresponde a uma conduta criminosa adicional, que se caracteriza mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo”.

Para os autores em comento, portanto, seja pela incidência da consunção, seja por uma exigência típica, a caracterização da lavagem reivindicaria uma conduta distinta, posterior e autônoma em relação àquela realizadora da infração penal dita antecedente. E, de fato, o problema relacionado à possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor parece residir, justamente, no enfrentamento dessas duas questões: i) em uma possível ocorrência obrigatória da consunção sempre que se estiver diante de um pretense concurso formal entre a lavagem e o delito produtor; e ii) em uma suposta exigência típica do delito de lavagem, que poderia demandar ao seu aperfeiçoamento a prévia consumação e exaurimento da infração antecedente. Vejamos, então, essas duas questões.

³⁰⁹ Trecho do voto da Min. Nancy Andriighi.

4.5.1. Da possível violação ao *non bis in idem* na admissão do concurso formal entre a lavagem e o delito produtor: uma necessária incidência da consunção?

Para logo: não aderimos ao entendimento de que há uma necessária e obrigatória incidência da consunção sempre que se estiver diante de um possível concurso formal entre a lavagem e o delito produtor.

Deve-se reconhecer, inicialmente, que a admissão do concurso formal entre a lavagem e o delito produtor implica, com efeito, na dupla punição do autor pela realização de uma mesma e única conduta. Mas a dupla punição pela prática de uma só conduta está longe de reclamar uma necessária incidência da consunção e mais distante ainda de representar qualquer violação ao *non bis in idem* (ALBERO, 1995, p. 228; HORTA, 2007, p. 84). Afinal, a figura do concurso formal surge, justamente, apenas quando se imputa mais de um crime ao agente que realizou uma só conduta e não se ouve entre nós nenhuma voz a apontar que a previsão do concurso formal afronta, de modo necessário, a vedação ao *bis in idem*. Pelo contrário: até por expressa disposição legal (art. 70, CP), é por todos admitida a possibilidade de caracterização do concurso formal sempre que o agente, com uma só conduta, praticar uma pluralidade de delitos, sem que isso resulte em qualquer violação ao *non bis in idem* e muito menos na necessária incidência da consunção.

Por isso, não admitir a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor apenas – e tão só – porque praticados os crimes através de uma mesma e única conduta é, em verdade, o mesmo que negar a própria possibilidade de existência da figura do concurso formal. Para além disso, e como explicitado em linhas anteriores, a proibição ao *bis in idem* não se volta contra a múltipla valoração de uma mesma ação, mas sim contra a pluralidade de valorações de um mesmo conteúdo de injusto (HORTA, 2007, p. 84). Bem o explica Frederico Horta (*ibidem*, p. 84):

O princípio *non bis in idem*, como já antes ressaltado, não veda, como por vezes se entende, a múltipla consideração valorativa de um mesmo fato natural. (...). O que fica vedado, segundo tal princípio, é a múltipla consideração de um mesmo aspecto jurídico do fato, isto é, a múltipla consideração de um mesmo conteúdo de injusto. O problema não é valorar mais de uma vez uma única parcela da realidade, mas, sim, levar em conta mais de uma vez uma só valoração.

É precisamente por essa razão, que a figura do concurso formal não viola o princípio do *non bis in idem*: porque apesar de praticada uma só conduta, é necessária uma múltipla incidência típica para que se alcance a integral valoração do fato. Ou, em outros termos, porque a conduta, embora única, realiza tipos de delito (idênticos ou diversos) que, isoladamente, não

são capazes de abarcar substancialmente o desvalor do fato (MEZGER, 1957, p. 389; ALBERO, 1995, p. 228). Portanto, a consunção, que somente tem lugar quando o conteúdo de injusto de um dos crimes abarca ao menos substancialmente o conteúdo de injusto da outra infração, não incide obrigatoriamente sempre que verificada uma identidade – total ou parcial – entre os atos executivos das infrações em potencial concurso formal. Ela só incidirá se o conteúdo de injusto de um dos tipos de delito em concurso for suficiente para abarcar substancialmente o desvalor do fato.

E por falar em consunção, é bom que seja lembrado que a diversidade de bens jurídicos deve ser encarada como ela é: um elemento que pode apenas dificultar o reconhecimento da consunção, mas nunca um fator que impõe o seu afastamento³¹⁰. Mesmo porque, de todos os princípios solucionadores dos conflitos aparentes de normas, é justamente o da consunção o único cuja incidência independe da natureza dos bens jurídicos atingidos, razão pela qual a diversidade de bens jurídicos não impede, evidentemente, a ocorrência da consunção (HORTA, 2016, p. 145)³¹¹.

E, segundo entendemos, tampouco se poderá dizer que a lavagem sempre deverá ser absorvida, em razão da consunção, quando empregada como *meio* para se alcançar a consumação do delito produtor.

É que, também aqui, a consunção somente incidirá se um dos delitos em concurso (crime-meio e crime-fim) for capaz de abarcar substancialmente o integral desvalor do fato. É possível, com efeito, que, pela ocorrência da consunção, um crime-fim absorva um crime-meio, porque esse tem o seu conteúdo de injusto substancialmente abarcado pelo conteúdo de injusto daquele – é o que ocorre, por exemplo, no falso (crime-meio) praticado para se consumir um estelionato (crime-fim) (MOUTINHO, 2005, p. 1191). Mas dessa relação lógica (crime-meio e crime-fim) não decorre necessariamente qualquer obrigação de que se opere a consunção (*ibidem*, p. 1191). Longe disso: é possível que, para alcançar a consumação de um crime-fim, o autor pratique um crime-meio que não tem o seu conteúdo de injusto abarcado por aquele, o que conduzirá ao afastamento da consunção e à efetiva caracterização tanto do crime-fim quanto do crime-meio (*ibidem*, p. 1191). A título ilustrativo: aquele que, para invadir o domicílio de outrem (crime-fim), dá uma facada (crime-meio) para romper a resistência corporal oferecida, tem por finalidade última a invasão de domicílio (art. 150, CP), mas nem

³¹⁰ Tanto é assim que, na jurisprudência pátria, há inclusive a Súmula n. 17/STJ (BRASIL, 1990b), que admite expressamente a consunção entre crimes que afetam bens jurídicos distintos.

³¹¹ Igualmente, García Albero (1995, p. 390) sustenta que, para o reconhecimento da consunção, “*no se precisa la identidad de bien jurídico tutelado con el hecho principal. Tal coincidencia no constituye un presupuesto conceptual necesario*”.

por isso deixará de responder pela lesão corporal (art. 129, CP) provocada para se alcançar a consumação do crime-fim.

É precisamente nessa linha a lição de Lobo Moutinho (*ibidem*, p. 1191) a respeito do concurso (aparente ou efetivo) entre o crime-meio e o crime-fim:

Por isso, de duas, uma: ou a norma incriminadora, nos seus tipos de crime e de pena ainda alcança e regula exhaustivamente o caso de o crime ser perpetrado para executar outro crime – e então está-se perante um concurso aparente de normas – ou, se isso não suceder, e na medida em que isso não suceder, a perpetração de um crime para executar um outro crime mostra-se uma finalidade diversa e mais grave do que aquela com a qual conta a norma incriminadora. Estamos de novo perante uma circunstância excessiva, que coloca o caso para além dos limites regulativos da norma incriminadora nos seus tipos de crime e de pena, e ao qual estes se não podem aplicar sem adaptações. Concluindo: se um crime é perpetrado para executar outro crime, e não se estiver perante um concurso aparente de normas, há que reconhecer um concurso efetivo de normas e a correspondente conexão.

Dito isso, mesmo que a lavagem seja utilizada como *meio* para se alcançar a consumação do delito produtor (crime fim), ainda assim só se poderá reconhecer a consunção caso verificado, no caso concreto, que o conteúdo de injusto desse último delito (o produtor) abarca ao menos substancialmente o conteúdo de injusto da lavagem (crime-meio).

E uma vez postas as coisas nesses termos, entendemos que, ao menos em razão da consunção, só se poderia afastar a possibilidade de ocorrência de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor caso se pudesse afirmar, *a priori* e peremptoriamente, que o conteúdo de injusto do delito produtor sempre – e necessariamente – abarcará aquele da lavagem, o que nos aparenta ser um passo pretensioso, e largo demais. Assim, não nos parece adequado apontar a impossibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor em razão de uma suposta incidência, necessária e obrigatória, do princípio da consunção, como se o seu não reconhecimento implicasse, no caso, em uma manifesta violação ao *non bis in idem*.

É bem verdade que, quando os atos realizadores da lavagem coincidirem – total ou parcialmente – com aqueles que materializam o delito produtor, será preciso boa dose de reserva e reticência para que se conclua pela ocorrência de um concurso formal. Mas o que não nos parece correto é, *a priori*, excluir a mera possibilidade do referido concurso em razão de uma suposta obrigatoriedade de incidência da consunção: não só porque a sua ocorrência depende da análise do caso concreto (MEZGER, 1957, p. 382; CORREIA, 1996, p. 132), mas também porque não nos parece correto dizer, *a priori*, que o conteúdo de injusto do delito produtor sempre e necessariamente abarcará a totalidade do conteúdo de injusto da lavagem.

4.5.2. A lavagem e sua possível exigência típica de anterioridade do delito produtor

Superado o argumento que identifica a incidência da consumção em todo e qualquer caso de possível concurso formal entre o delito produtor e a lavagem, resta indagar, agora, se esse último delito apresenta alguma peculiaridade típica que impediria o referido concurso. Com efeito, uma vez não verificada a consumção entre a lavagem e o delito produtor, o único óbice ao reconhecimento do concurso formal entre tais crimes residiria em uma possível vedação típica do delito de lavagem, que, em tese, poderia exigir a prática de uma conduta não apenas autônoma em relação àquela responsável por caracterizar o delito produtor, mas também posterior à consumação da infração penal dita antecedente³¹².

No entanto, não vislumbramos no tipo penal da lavagem nenhuma exigência de que esse delito seja praticado por uma conduta autônoma em relação àquela caracterizadora do crime dito antecedente. Igualmente, também não enxergamos qualquer exigência típica de que o delito produtor já tenha se *consumado* para que se possa admitir a lavagem.

Na verdade, o que o tipo nos parece exigir, tão somente, é que os bens, direitos ou valores objeto da ocultação ou dissimulação sejam “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Mas o tipo não exige, em momento algum, que essa infração penal da qual advém o produto ilícito já esteja consumada para que possa ocorrer a lavagem. Ao aperfeiçoamento da lavagem basta, portanto, que os bens, direitos ou valores objeto da ocultação ou dissimulação sejam “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”³¹³, de nada importando que essa infração penal esteja ou não consumada.

Em sentido contrário, até se poderia argumentar que, apesar de o tipo penal não conter a previsão de uma infração penal “antecedente”, vários dispositivos da Lei n. 9.613/98 se referem a essa expressão (“infração penal antecedente”)³¹⁴, o que em uma interpretação

³¹² Nesse sentido, cf. trecho do voto condutor do Min. Roberto Barroso, na página 29, proferido quando do julgamento dos sextos embargos infringentes na Ação Penal 470/MG, no Supremo Tribunal Federal: “A ressalva que se faz, de modo a evitar dupla incriminação pelo mesmo fato, é no sentido de que a caracterização da lavagem de dinheiro pressupõe a realização de atos tendentes a conferir aparência de ativo lícito ao produto do crime antecedente, já consumado.” (BRASIL, 2014k, p. 29).

³¹³ Cf. o dispositivo legal vigente: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” (BRASIL, 1998a).

³¹⁴ Cf.: “Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...)

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

III - são da competência da Justiça Federal: (...)

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

sistemática denotaria, ainda que de maneira implícita, que a Lei n. 9.613/98 impôs uma clara exigência de que a infração penal da qual provém o produto criminoso deva ser “antecedente” à lavagem, que por sua vez só se configuraria caso aquela infração já estivesse consumada.

Mas essa interpretação sistemática – necessária e sempre desejável – não nos parece suficiente para criar uma tamanha exigência típica, sequer inserida pelo Legislador na figura delitiva da lavagem. A uma, porque a expressão em comento (“infração penal antecedente”) veio encampada em dispositivos de natureza eminentemente processual e não naqueles de natureza penal. E, a duas, porque, embora o texto original da Lei n. 9.613/98 fizesse menção³¹⁵ nos dispositivos penais à expressão “crime antecedente”, com a redação dada pela Lei n. 12.683/12, excluiu-se desses dispositivos o atributo “antecedente”, substituído apenas pela locução “infração penal”, o que vem a reforçar a compreensão de que a expressão excluída (“antecedente”) não diz respeito a uma exigência típica, uma vez que deliberadamente retirada do tipo. Por essas razões, não entendemos que o tipo penal da lavagem exige, à sua ocorrência, que o delito produtor já esteja consumado.

O que vislumbramos, a bem da verdade, é a necessidade de que ao menos tenha sido iniciada a execução do delito produtor, mas não uma exigência de que esse delito já tenha sido consumado. E essa exigência decorre de uma limitação do próprio objeto material da lavagem: “bens, direitos ou valores *provenientes* (...) de infração penal”.

Sendo assim, pensamos: se o produto criminoso deve ser *proveniente* de alguma infração penal, então só poderá ser objeto da lavagem aquele produto que seja resultante de um delito que, embora ainda não consumado, ao menos já teve a sua execução iniciada. Pois, do contrário, ou seja, se a execução de um determinado delito não tiver sido sequer iniciada, não há como admitir a existência de qualquer infração penal e muito menos a de algum produto “proveniente” dessa infração inexistente. Já se dizia, em outro campo da ciência, que “do nada, nada; em nada, nada pode transformar-se” (Lei de Lavoisier) (FOGAÇA, 2019). Quanto a nós, basta dizer que, por impropriedade lógica, nenhum recurso pode advir ou ser proveniente de uma infração penal que sequer existe.

§1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.” (BRASIL, 1998a).

³¹⁵ Cf. o dispositivo legal originário: “Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: (...)”

1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: (...)”

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.” (BRASIL, 1998a).

E, precisamente por isso, entendemos que os bens provenientes dos atos preparatórios impunes não podem figurar como objeto material da lavagem (CORDERO, 2015, p. 383-384). Afinal, em se tratando de atos preparatórios impunes, não é possível falar ainda na existência de qualquer infração penal e sem ela, não se cogita de nenhum produto proveniente de algum delito. Contudo, se da prática de atos preparatórios puníveis resultar algum bem, então esse bem será proveniente de uma infração penal e, por conseguinte, poderá ser objeto de lavagem (*ibidem*, p. 383-384). É como aponta Isidoro Blanco Cordero (*ibidem*, p. 383-384):

En nuestra opinión, se ha de negar la sanción del blanqueo de bienes procedentes de actos preparatorios en general, pues ello podría dar lugar a la sanción del blanqueo de bienes procedentes de actos preparatorios impunes. Excluimos, por tanto, la sanción del blanqueo de bienes procedentes de actos preparatorios impunes. La discusión es si se ha de admitir la sanción del blanqueo de los actos preparatorios sancionados de manera expresa en el CP. Nuestra opinión ha sido afirmativa. En la medida en que de los actos preparatorios punibles se puedan derivar bienes idóneos para ser objeto del blanqueo de capitales, es posible la sanción del posterior blanqueo de los mismos.

Assim, uma vez iniciada a execução de uma infração penal, é possível que seja formado um produto criminoso antes que se alcance a sua consumação e, a partir daí, isto é, a partir da contaminação dos recursos e consequente formação de um produto ilícito, já se terá bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, mesmo que essa infração não tenha sido ainda consumada. O objeto material da lavagem surge, portanto, não com a consumação do delito produtor, mas sim com a contaminação dos bens, o que pode ou não coincidir com a consumação daquele delito. Por vezes, o produto ilícito surgirá no exato instante de consumação do delito produtor, mas nada impede que a sua constituição se dê em um momento anterior: após o início da execução do crime, porém antes de sua consumação ou exaurimento.

Na literatura estrangeira, é esse o posicionamento de Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 381-383), que admite a possibilidade de formação de um produto criminoso antes da consumação do delito produtor, já na fase da tentativa:

En general, la doctrina extranjera admite que, como mínimo, el hecho previo, típico y antijurídico, ha de encontrarse al menos en grado de tentativa. No es preciso, por tanto, que se encuentre consumado, ni mucho menos agotado.

[...]

Conviene examinar si es posible admitir en la normativa vigente la tentativa como delito previo susceptible de generar bienes que puedan ser blanqueados. Se trata de determinar si las formas de imperfecta ejecución, esto es, la tentativa, constituye o no una actividad delictiva previa. Interpretado en el sentido de que debe existir un hecho típico y antijurídico, consideramos que existen importantes argumentos legales que permiten afirmar que la tentativa constituye también una actividad delictiva, en definitiva, un delito previo. Según esto, cuando del delito intentado se deriven bienes, éstos van a ser aptos para el blanqueo de capitales.

Entre nós, também Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 105-106) admite a desnecessidade da consumação do delito produtor para que se possa realizar a lavagem de dinheiro:

Outro ponto digno de nota é a possibilidade da *tentativa* da infração anterior ser antecedente de *lavagem de dinheiro*. O art. 14, II, do CP não deixa dúvidas sobre o caráter *criminoso* da tentativa, a conferir *adequação típica mediata* a todos os crimes dolosos de execução interrompida por fatores alheios à vontade do agente. Dessa forma, se da tentativa provier *produto de valor econômico*, e este for *mascarado* por alguma das formas previstas na Lei de Lavagem, haverá materialidade típica, a não ser que se trate de *contravenção*, cuja tentativa não é punida por força do art. 4º, do Dec. Lei 3.688/1941.

Assim, se o agente recebeu dinheiro para matar alguém, iniciou a execução do delito, sem alcançar o resultado por circunstância alheia à sua vontade, e, posteriormente, dissimulou a origem dos valores recebidos, haverá lavagem de dinheiro. No entanto é necessário ao menos o *início da execução da infração antecedente*³¹⁶.

Dito isso, estamos em condições de concluir que o objeto material da lavagem pode surgir antes mesmo da consumação do delito produtor, já a partir do início de sua execução e, excepcionalmente, inclusive a partir dos seus atos preparatórios, quando puníveis. Em tese é possível, aliás, que a lavagem se consume antes mesmo do delito produtor (que inclusive poderá nunca vir a se consumir), o que reafirma, a nosso juízo, a impropriedade de se denominar o delito produtor como infração penal “antecedente”. Portanto, não vislumbramos qualquer exigência típica que imponha a *consumação* do delito produtor para que possa ocorrer a lavagem, bastando, para tanto, que a execução daquele delito tenha sido iniciada.

E assim postas as coisas, o problema que se apresenta quanto à possibilidade de se admitir um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor parece residir, propriamente, não na análise de uma suposta exigência típica de *consumação* desse último delito, mas sim em saber se o produto criminoso pode ser lavado através da mesma conduta que o produz, isto é, em saber se o tipo penal da lavagem exige uma *autonomia* dos atos que o realizam. Nesse passo, a conclusão até aqui alcançada deixa em aberto uma última pergunta: é possível que um determinado bem seja lavado no exato instante em que é contaminado pelo delito produtor? Em outras palavras: a conduta que cria um produto criminoso pode ser a mesma responsável por lavá-lo? É possível, afinal, um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor?

Sem desconsiderar a complexidade do tema, somos pela possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor. Em que pese a doutrina e a jurisprudência brasileira dominante reivindicarem, à caracterização da lavagem, a prática de atos *distintos e posteriores* em relação àqueles realizadores do delito produtor, não vislumbramos no tipo penal qualquer

³¹⁶ Também assim, cf.: Bitencourt (2016, p. 451).

imposição de *posterioridade*, e muito menos de *autonomia* dos atos de lavagem. Aliás, a exigência de atos *autônomos* mais parece vir fundada não em uma exigência típica do delito de lavagem, mas sim em um receio – fundado, é verdade – de que a identidade entre os atos realizadores da lavagem e do delito produtor provoque uma ofensa ao *non bis in idem*³¹⁷.

De nossa parte, porém, tampouco consideramos que a identidade entre os atos executivos do delito produtor e da lavagem conduz à necessária incidência da consunção, com a absorção da lavagem por aquele delito. Longe disso: afastada uma suposta exigência típica de *anterioridade* de consumação do delito produtor, o concurso formal somente poderá ser negado em função da consunção e desde que demonstrado, no caso concreto, que o conteúdo de injusto da lavagem se encontra substancialmente abarcado pelo conteúdo de injusto do delito produtor, ainda que a lavagem se trate de um crime-meio para alcançá-lo (crime-fim). Mas, fora desses casos concretos, nos parece difícil recusar já em abstrato a mera possibilidade do referido concurso, ainda mais em razão de uma suposta necessária e obrigatória ocorrência da consunção.

Assim, nos parece que, se o agente, ao cometer o delito produtor, dolosamente o praticar de modo a que os bens ali ilicitamente obtidos já sejam ocultados ou dissimulados, desde então conferindo a eles uma aparência lícita, será possível admitir que a conduta responsável por gerar o produto criminoso seja a mesma que o tenha lavado. Ou seja: poderemos admitir um possível concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, porque não vislumbramos qualquer elemento no tipo que exija a *autonomia* ou *posterioridade* dos atos de lavagem. Contudo, a conclusão pela efetiva ocorrência do concurso formal dependerá, necessariamente e à luz do caso concreto, da análise da consunção. Uma vez verificada a sua incidência, afastar-se-á o concurso; mas se constatado, pelas circunstâncias do caso concreto, que o conteúdo de injusto da lavagem não foi substancialmente abarcado por aquele do delito produtor, então abrir-se-á caminho ao reconhecimento do concurso formal.

Mas é tempo de assinalar: de nossa parte, julgamos que, em vista da segurança jurídica, seria recomendável e mais apropriado que o tipo da lavagem só admitisse a sua caracterização através de atos distintos daqueles realizadores do delito produtor. Isto é: não gostaríamos de nos ver forçados a admitir a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o crime produtor. Contudo, e ante a ausência de previsão legal nesse sentido, não nos parece possível

³¹⁷ Nesse sentido, cf. uma vez mais o trecho do voto apresentado pelo Min. Roberto Barroso quando do julgamento dos sextos embargos infringentes na Ação Penal 470/MG, no Supremo Tribunal Federal: “A ressalva que se faz, de modo a evitar dupla incriminação pelo mesmo fato, é no sentido de que a caracterização da lavagem de dinheiro pressupõe a realização de atos tendentes a conferir aparência de ativo lícito ao produto do crime antecedente, já consumado.” (BRASIL, 2014k, p. 29).

criar jurisprudencialmente uma tamanha exigência típica, jamais prevista pelo Legislador. Sendo assim, embora aprovemos os resultados alcançados pela jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores (inadmitindo o concurso formal entre a lavagem e o delito produtor), entendemos que a vedação ao concurso formal entre a lavagem e o crime produtor só poderia estar fundada em uma exigência típica e não em um entendimento jurisprudencial. Por este motivo, à luz da legislação atual não nos parece existir qualquer impedimento ao reconhecimento de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, mas, segundo entendemos, seria recomendável, em nome da segurança jurídica, a criação de uma exigência legal nesse sentido.

4.5.3. O elemento subjetivo por trás do concurso formal e a sua natureza: próprio ou impróprio?

Já dissemos acima, mas é sempre de se repetir, que o reconhecimento de um concurso formal exige enorme dose de cautela, tanto mais em se tratando de um caso que envolve autolavagem. Por isso, a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor deve ser vista como ela é: uma *porta estreita*, por onde adentram apenas alguns poucos e excepcionalíssimos casos.

Sob essa ordem de ideias, é importante dizer que a caracterização do concurso formal entre o delito produtor e a lavagem exige, necessariamente, não apenas a ocorrência objetiva de um ato capaz de se amoldar à lavagem, mas também uma verdadeira intenção de conferir e alcançar, já quando da prática do delito produtor, uma aparência lícita ao produto criminoso que será gerado.

Dito de outro modo: só admitimos um concurso formal entre o delito produtor e a lavagem caso esse último delito seja animado por um dolo direto. Não basta, portanto, que em relação à lavagem o agente atue com dolo eventual. Mesmo porque, se nos casos que não envolvem um concurso de crimes só admitimos a lavagem quando praticada com dolo direto, com ainda maior razão não poderíamos admitir a suficiência do dolo eventual à caracterização da lavagem em um concurso formal.

Não desconhecemos a dificuldade de se provar, em um pretense concurso formal, que a lavagem foi praticada com dolo direto. Mas essa prova, cujo ônus compete à acusação, é indispensável à caracterização de um concurso formal que abarque a lavagem e é justamente essa – dentre outras – uma das razões que nos levam a dizer que o concurso formal envolvendo a lavagem é uma porta estreita, por onde adentram apenas alguns poucos e excepcionalíssimos

casos. Parece-nos, todavia, que há um claro indicativo do dolo direto quando o agente dispõe, para a prática do delito produtor, de um meio igualmente eficiente à sua consumação e, ainda assim, opta por trilhar o caminho que conduz não só à obtenção de um produto criminoso, mas já ao seu próprio branqueamento.

De todo modo, uma vez preenchida a tipicidade objetiva da lavagem, caracterizado o dolo direto em relação a ela e afastada, no caso concreto, a incidência da consunção, poder-se-á caracterizar o concurso formal entre a lavagem e o delito produtor. A pergunta que se coloca, então, é a de saber qual a natureza desse concurso: tratar-se-ia de um concurso formal próprio ou impróprio?

Segundo entendemos, não é possível apresentar *a priori* nenhuma resposta taxativa a esse questionamento, na medida em que a análise quanto à natureza do concurso formal – se próprio ou impróprio – somente poderá ser feita à luz do caso concreto, conforme a autonomia (ou não) dos desígnios criminosos. E, quando trazemos para cá a análise quanto à autonomia dos desígnios, trazemos também toda a imensidão de incertezas que cerca o conceito de “desígnios autônomos”, cujo reconhecimento – já o demonstramos – está sempre a exigir enorme reserva e cautela.

O que não se pode perder de vista, no entanto, é que a existência de um dolo direto de primeiro grau em relação à lavagem não implica, necessariamente, no reconhecimento dos desígnios autônomos. E isso porque o que se exige à caracterização do concurso formal impróprio não é a mera *pluralidade* ou *diversidade* dos desígnios, mas algo *muito maior*: a efetiva *autonomia* deles. Por este motivo, e já o demonstramos, é possível – e nossa jurisprudência é farta nesse sentido – que seja reconhecido o concurso formal próprio entre dois crimes praticados com dolo direto, porque a existência de dolos distintos, e voltados especificamente a cada um dos crimes em concurso, não é suficiente para caracterizar a *autonomia* dos desígnios de que fala a segunda parte do art. 70 do CP.

Assim, a presença de um dolo direto em relação à lavagem não impõe, de modo algum, o reconhecimento do concurso formal impróprio. Parece-nos, à vista disso, que constituiria um grande equívoco reconhecer o concurso formal impróprio tão só porque praticada a lavagem com dolo direto. Fazê-lo é tomar a condição pela causa: o dolo direto, em relação à lavagem, é condição para o concurso formal, mas está longe de representar a causa para o reconhecimento de um concurso formal impróprio. Se o concurso formal é próprio ou impróprio, a causa para tanto não é a existência de dolo direto em relação a cada um dos crimes em concurso, mas sim a *autonomia* – e não a mera *diversidade* – dos desígnios que animam cada uma dessas infrações. Do contrário, isto é, se entendido que a simples presença de um dolo direto em relação à

lavagem conduz ao reconhecimento do concurso formal impróprio, jamais se poderia reconhecer – equivocadamente a nosso juízo – um concurso formal próprio entre a lavagem e o delito produtor.

No plano jurisprudencial, há uma grande resistência ao reconhecimento do concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, notadamente em razão do que foi definido pelo STF no julgamento dos Sextos Embargos Infringentes na AP 470, aqui já analisado. No entanto, o posicionamento em comento vem sendo rediscutido no âmbito da denominada Operação Lava Jato, notadamente no Juízo – e respectivas instâncias recursais – em que teve origem o referido caso.

Na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR foram proferidas diversas sentenças pelo então Juiz Sérgio Moro admitindo o concurso formal *próprio* entre a lavagem e o delito produtor³¹⁸, todas mantidas, quanto ao ponto, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Dentre elas, pode-se citar a sentença proferida nos autos de n. 5022179-78.2016.4.04.7000/PR, em que se aduziu:

432. Vinha este Juízo adotando a posição de que poder-se-ia falar de lavagem de dinheiro apenas depois de finalizada a conduta pertinente ao crime antecedente. (...). 434. A realidade dos vários julgados na assim denominada Operação Lavajato recomenda alteração desse entendimento. 435. A sofisticação da prática criminosa tem revelado o emprego de mecanismos de ocultação e dissimulação já quando do repasse da vantagem indevida do crime de corrupção. 437. Tal sofisticação tem tornado desnecessária, na prática, a adoção de mecanismos de ocultação e dissimulação após o recebimento da vantagem indevida, uma vez que o dinheiro já é recebido com aparência lícita. 438. Este é o caso, por exemplo, do pagamento de propina disfarçada em doações eleitorais registradas. Adotado esse método, a propina já chega ao destinatário, o agente político, com aparência de lícita, tornando desnecessária qualquer nova conduta de ocultação ou dissimulação. [...]. 440. Não seria justificável premiar o criminoso por sua maior sofisticação e ardil, ou seja, por ter habilidade em tornar desnecessária ulterior ocultação e dissimulação do produto do crime, já que estes valores já lhe são concomitantemente repassados com a aparência de licitude. [...]. 446. O entendimento ora adotado, em evolução da posição do julgador, não representa contrariedade com o referido precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, pois distintas as circunstâncias. 447. As condutas, embora concomitantes, afetam bens jurídicos diferenciados, a corrupção a confiança na Administração Pública e no império da lei, a lavagem, a Administração da Justiça e o domínio econômico e até mesmo a integridade do processo eleitoral. 448. Assim, se no pagamento da vantagem indevida na corrupção, são adotados, ainda que concomitantemente, mecanismos de ocultação e dissimulação aptos a conferir aos valores envolvidos a aparência de lícito, configura-se não só crime de corrupção, mas também de lavagem, uma vez que atribuída ao produto do crime de corrupção a aparência de licitude. Forçoso reconhecer, diante da concomitância, o concurso formal entre corrupção e lavagem. [...]. 482. (...). Reconhecido o concurso formal entre os crimes de corrupção e lavagem, unifico as penas de ambos pela regra do art. 70 do

³¹⁸ Cf.: Sentença proferida nos autos da ação penal n. 501340559.2016.4.04.7000/PR (BRASIL, 2017b); sentença proferida nos autos da ação penal n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR (BRASIL, 2017c); sentença proferida nos autos da ação penal n. 503088380.2016.4.04.7000/PR (BRASIL, 2017d). No STJ, até 20/09/2019 não havia ainda nenhuma decisão em sede de Recurso Especial apreciando os casos julgados pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR aqui referenciados.

Código Penal. Sendo três crimes de corrupção em concurso formal com três de lavagem, elevo as penas dos crimes mais graves, de corrupção, em um terço, resultando em catorze anos e onze meses de reclusão e trezentos e trinta e três dias multa³¹⁹.

Embora a sentença mencione, ao admitir o concurso formal, que a lavagem e o delito produtor teriam afetado bens jurídicos diversos, entendemos que a ausência de uma identidade entre tais bens não impede, de maneira alguma, a ocorrência da consunção. Ao que nos parece, portanto, a consunção não poderia ter sido afastada tão só com base nesse dado, uma vez que demandava a análise quanto ao conteúdo de injusto dos delitos em concurso. Por outro lado, a sentença reforça a total possibilidade de se reconhecer o concurso formal de natureza própria entre o delito produtor e a lavagem, por mais que o agente tenha atuado com dolo direto e específico em relação a cada uma das infrações.

Portanto, admitido que o aperfeiçoamento da lavagem não exige a consumação do delito produtor, e que a consunção somente poderá ser afastada a partir da análise do caso concreto, consideramos possível, ao menos em tese e em excepcionalíssimos casos, o concurso formal entre a lavagem e o delito produtor. Mas, se o reconhecimento de um tal concurso exigirá enorme dose de cautela, será preciso ainda maior reserva e reticência para que se conclua pela autonomia dos desígnios e, a partir daí, por um concurso formal impróprio.

4.6. Dos atos de ocultação ou dissimulação contidos no tipo do delito produtor

No concurso entre a lavagem e o delito produtor, muito se discute a respeito dos casos em que os atos de ocultação ou dissimulação identificados como de lavagem constituem, também, elementos típicos do delito produtor.

Tal é o caso da corrupção passiva (art. 317, CP), de alguns crimes tributários (como o art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, na modalidade em que o agente *omite* informações ou apresenta informações falsas às autoridades fazendárias) e de certos crimes financeiros previstos na Lei n. 7.492/86 – como no caso da evasão de divisas (art. 16) –, em que o autor *omite* à repartição federal competente a manutenção de depósitos no exterior; ou mesmo o delito de gestão *fraudulenta* (art. 4º) e também aquele disposto no art. 9º, que tipifica a *fraude* à fiscalização ou ao investidor. Em todos esses casos, os tipos dos possíveis delitos produtores já carregam em si a descrição de um ato de ocultação ou dissimulação. Surge, então, o questionamento: se os

³¹⁹ Sentença disponível em Conjur (2019). É importante assinalar, ainda, que a decisão em comento foi mantida pelo TRF-4 e, até o momento, também pelo STJ – vide Habeas Corpus n. 465.432/PR. (BRASIL, 2018h).

atos de ocultação ou dissimulação já estiverem contidos em algum dos elementos constitutivos do tipo do delito produtor, será possível reconhecer o concurso material ou formal entre essa infração e a lavagem? O referido concurso violaria, de algum modo, a vedação ao *bis in idem*?

A questão aqui posta foi discutida em um caso concreto pelo STF, quando do julgamento dos Sextos Embargos Infringentes da AP 470/MG. Na ocasião, debatia-se a possibilidade de o recebimento indireto da vantagem indevida de que trata a corrupção passiva (art. 317, CP) ser considerado, também, um ato caracterizador da lavagem. O Min. Ricardo Lewandowski apontou, então, que “o elemento do tipo ‘ocultar’ não é exclusivo do tipo de lavagem de dinheiro. Ao contrário, consta do tipo penal caracterizador da corrupção passiva, que pune a solicitação ou o recebimento indireto da vantagem” (BRASIL, 2014k, p. 41). No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber ressaltou que “o recebimento da vantagem indevida por interposta pessoa constitui espécie das condutas possíveis atinentes ao recebimento indireto da atual legislação” (*ibidem*, p. 53). Finalmente, o Ministro Teori Zavascki apontou que o recebimento da vantagem “não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento direto ou indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal” (*ibidem*, p. 43).

Na doutrina, por sua vez, analisando os casos em que a ocultação ou dissimulação já integram o tipo do delito produtor, e inclusive analisando o julgado explicitado acima, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 124-128) afirma que:

Nesses casos, se o único ato de ocultação ou dissimulação existente for aquele já contemplado pelo tipo penal do crime antecedente, haverá consunção, que ocorre quando o fato previsto por um tipo penal está compreendido em outro de âmbito mais abrangente e, portanto, só este se aplica. [...]. Portanto, nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção. [...]. Assim, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento “indireto” dos valores, há contingência entre os tipos penais, aplicando-se o instituto da consunção. (...). Sempre que o ato de ocultação identificado como lavagem de dinheiro estiver contido pela sonegação, falta de declaração ou fraude já contida no tipo penal antecedente haverá a consunção, caracterizando-se um crime único e não um concurso de delitos.

Ao que nos parece, porém, não é correto o entendimento de que haverá a incidência da consunção – e, portanto, um crime único – sempre que o ato de ocultação ou dissimulação identificado como de lavagem estiver contido no tipo do delito produtor.

A compreensão em comento, aparentemente arraigada em uma concepção puramente lógica de conflito de normas, sustenta-se na ideia de que, se um dos elementos constitutivos de um tipo valorar uma determinada circunstância, nenhum outro tipo poderia se caracterizar tendo como suporte o dado da realidade já valorado por aquele. Em síntese: a identidade de *um* dos

elementos constitutivos de dois tipos afastaria, *a priori* e independentemente de uma análise valorativa, qualquer possibilidade de um concurso entre eles.

A respeito dessa compreensão, Frederico Horta (2007, p. 80) aponta que ela pressupõe, equivocadamente, que “uma forma possível de realização de um elemento constitutivo de um tipo (elemento particular) que seja porventura coincidente com um outro tipo ou qualquer das suas hipóteses concebíveis de concretização (subtipos) traria consigo todo o desvalor deste”. O autor adverte, no entanto, que:

Desconhece-se, em tal perspectiva, que a extensão própria de cada elemento constitutivo de um tipo não deriva exclusivamente de seu uso linguístico comum ou vulgar, mas também e igualmente do conteúdo de injusto traduzido pelo específico tipo de delito que o acolhe em sua descrição legal. Isso porque, se é verdade que a significação correta de um termo qualquer empregado na linguagem natural deve ser inferida do contexto em que ele se insere, com mais razão o alcance de um conceito introduzido num tipo de delito está estritamente vinculado, por exemplo ao bem ou bens jurídicos cuja ofensa tal tipo descreve (*ibidem*, p. 80).

Na mesma linha, García Albero (1995, p. 165) aponta que, considerar apenas um dos elementos constitutivos de um tipo como o critério para reconhecer um concurso aparente de normas é, em verdade, o mesmo que operar um equivocado critério da especialidade, voltado – diríamos nós – não à especialidade entre as normas, mas sim (e apenas) aos seus elementos típicos isoladamente analisados:

De esta forma, la pretensión de operar con el criterio de especialidad refiriéndolo a la relación entre elementos típicos aisladamente considerados adolece de dos equívocos. En primer lugar, desconoce que tales elementos están en relación contextual con la totalidad del supuesto de hecho, de modo que aisladamente considerados no son expresivos de desvalor alguno con lo que el vínculo de “necesidad” que se produce entre el delito específico y genérico, y que desvela la absorción de desvalor, no resulta operativo. En segundo lugar, presupone, como hemos visto, que toda posible forma concreta de realización de un elemento típico aparece desvalorada por el tipo en su conjunto. De esta forma, y por poner un ejemplo suficientemente revelador, el mecanismo lógico de inclusión conceptual, en tanto de valorativamente neutro, imposibilita cualquier limitación cuantitativa consistente en determinar cuál es el desarrollo previsto como “normal” en la realización de un elemento típico. Qué daños puede considerarse como normales en la “fractura” propia del robo, qué infracciones de peligro pueden resultar absorbidas en la realización de la muerte imprudente, qué modalidades de engaño – falsedad, usurpación, etc. – han de considerarse ya incluídas en el elemento típico – engaño – de la estafa. La respuesta, desde parámetros estrictamente lógicos es una: toda posible forma de realización, sin distinción alguna. (1995, p. 165).

Já dissemos, em outros momentos, que a consunção somente se verifica quando identificado, no caso concreto e através de uma atitude valorativa, que o conteúdo de injusto de um dos delitos é, ao menos substancialmente, abarcado pelo conteúdo de injusto de uma outra infração. Por isso mesmo, e na esteira da lição de Frederico Horta, entendemos que só se poderia dizer, em abstrato, que um dos elementos constitutivos de um tipo não poderia integrar e

caracterizar, também, um outro delito, caso se demonstrasse, também em abstrato, que o referido elemento típico sempre e necessariamente traria em si todo o conteúdo de injusto da outra infração. Mas, evidentemente, não nos parece que essa tarefa possa ser feita aprioristicamente.

Afinal, e como bem demonstrado por García Albero (1995, p. 165), ainda que estejamos diante de tipos que apresentam alguma identidade entre os seus respectivos elementos constitutivos, nem por isso se poderá dizer, *a priori* e em função de uma relação meramente formal, que o referido elemento constitutivo é capaz de abarcar, em qualquer caso, todo o conteúdo de injusto possível de ser alcançado com a prática do outro tipo. Porque a consunção, frise-se, somente se opera a partir da análise, à luz do caso concreto, do desvalor integral do injusto, não se podendo reconhecê-la em abstrato e, muito menos, em razão da consideração isolada quanto a apenas um dos elementos constitutivos dos tipos em concurso efetivo ou aparente. É como o explica Estrella Aisa (2004, p. 250):

En el ámbito penal el significado de los elementos o datos fácticos se extrae de un contexto determinado: el tipo, no de un concreto elemento del tipo sino del tipo en su conjunto. Por tanto, en caso de concurrencia de varios tipos, lo relevante no es el análisis de los elementos típicos individualmente considerados sino del tipo en su conjunto. Aunque dos tipos posean uno o varios elementos comunes ello no significa aún que no sea posible su aplicación conjunta. A la hora de tener en cuenta una posible infracción del non bis in idem no hay que limitarse a constatar una posible coincidencia de elementos típicos globalmente considerados y únicamente cuando su significado sea coincidente (es decir, cuando el desvalor de uno de ellos esté por completo contenido en el otro), se podrá afirmar que una aplicación conjunta de los preceptos en el caso concreto supondrá un bis in idem. Sólo en este último caso la imposición de una doble sanción resultará inecesaria y desproporcionada.

Ao reconhecimento da consunção não basta, portanto, uma análise voltada apenas para a identidade entre alguns dos elementos constitutivos dos tipos, mas sim uma apreciação do conjunto dos tipos em concurso efetivo ou aparente.

Assim, por exemplo, embora seja certo que o crime de dano em regra absorva o de perigo (justamente porque o crime de dano já o pressupõe), é possível que, ante a gravidade do perigo criado, isso também não ocorra, caracterizando-se um concurso efetivo entre eles³²⁰. Ou seja: ainda que um determinado delito pressuponha ou mesmo preveja expressamente a ocorrência de uma determinada circunstância, só se poderá afastar a caracterização de uma outra infração que também contenha essa circunstância caso demonstrado, no caso concreto (e apenas nele), que aquele primeiro delito já esgotou o integral desvalor do fato.

³²⁰ Bem o aponta Frederico Horta (2007, p. 80): “afinal, como ocorre no delito de dirigir embriagado, muitas vezes o perigo gerado pela conduta extrapola tal resultado, ameaçando ademais um número indeterminado de pessoas”. No mesmo sentido, cf. Albero (1995, p. 165).

Uma palavra a mais e ainda a título ilustrativo: nos termos com que apontado por Frederico Horta (2007, p. 80-81), “nem toda falsidade pode ser considerada uma forma normal de realização dos elementos ‘artifício’ ou ‘outro meio fraudulento’ do tipo de estelionato, de tal modo que possa ser inteiramente envolvida por este”³²¹. Pelo contrário: o próprio STJ sumulou o entendimento de que a falsidade somente será absorvida caso a sua potencialidade lesiva se esgote no estelionato (Súmula n. 17/STJ) (BRASIL, 1990b). Não é possível dizer, portanto, que um determinado delito não pode se caracterizar apenas porque integralmente ou parcialmente já previsto em algum dos elementos constitutivos da outra infração realizada. Fazê-lo, equivale a defender que a falsidade, apenas porque prevista em um dos elementos constitutivos do estelionato, sempre e necessariamente será absorvida por este último delito, em manifesta contrariedade ao quanto disposto na Súmula n. 17/STJ.

Nesse caso, aliás, o que se tem é que um dos elementos constitutivos do estelionato (o “artifício”) é utilizado, também, para caracterizar um delito autônomo (de *falsum*), e nem por isso se fala aqui em qualquer violação ao *non bis in idem*. Isto é: o elemento constitutivo da falsidade já é expressamente previsto como um dos elementos típicos do estelionato, mas ainda assim se admite que essa previsão – contida no tipo de estelionato – é incapaz de abarcar o integral desvalor do fato, só alcançado quando se recorre a uma segunda incidência típica (a da falsidade).

Igualmente, e desde que satisfeita a *tipicidade subjetiva* da lavagem, por mais que o ato identificado como de lavagem já esteja contido, expressamente, no tipo do delito produtor, ainda assim será possível a dupla incidência típica sempre que esse tipo não se mostrar capaz, por si só, de abarcar o integral desvalor do fato.

Isso não quer dizer, obviamente, que a previsão contida no tipo do delito produtor pode ser depreciada. Longe disso. Os tipos penais são criados para que consigam alcançar, *em regra*, todo o desvalor dos comportamentos que os realizam e, por isso mesmo, somente quando se fugir consideravelmente dessa *regularidade* (isto é: em casos de *extraordinária* lesividade) é que se poderá reconhecer a incapacidade do tipo do delito produtor para reprovar substancialmente o conteúdo de injusto do fato³²². Assim, e da mesma forma com que se dá no

³²¹ Também nessa linha, cf. Albergo (1995, p. 165).

³²² Nesse sentido, Lobo Moutinho aponta que, “à pergunta que naturalmente se suscita – a de saber até quando se estende esta estrita unidade do facto, ou seja, até quando é que o tipo de crime alcança o facto que se prolonga - é de responder, como atrás se fez relativamente aos limites lógicos do tipo, que, em princípio, o tipo está gizado para o esgotar em todo o arco da sua duração, isto é, desde que se inicia até que cessa (por qualquer dos modos atrás referidos). No entanto, também aqui é necessário manter presente que isto só sucede na medida em que o facto, em toda a sua concreta duração, corresponda à estrutura essencial descrita no tipo de crime em causa, podendo suceder que o facto, considerado em toda a sua duração (“globalmente”) apresente, objetiva ou subjetivamente,

caso do concurso efetivo entre a falsidade e o estelionato, os atos de ocultação ou dissimulação, quando previstos no tipo do delito produtor, somente não serão absorvidos por esse delito caso apresentem uma lesividade exorbitante, tamanha a ponto de já não permitir que seja esgotantemente valorada por aquele tipo.

Trata-se, a toda evidência, de casos raros, de extraordinária ofensividade aos bens jurídicos penalmente tutelados pela lavagem. E, em verdade, não poderia mesmo ser diferente: afinal, se estivéssemos tratando de casos em que a realização do tipo representa uma lesão *ordinária* aos bens jurídicos protegidos pela lavagem, evidentemente o tipo do delito produtor já seria capaz de valorá-la.

Portanto, se os atos de ocultação ou dissimulação integrarem o tipo do delito produtor, *em regra* não se poderá caracterizar a lavagem, sob pena de violação ao *non bis in idem*. No entanto, em casos *excepcionais* e desde que satisfeita a tipicidade subjetiva da lavagem, é possível o reconhecimento do concurso entre essa infração e o delito produtor, desde que os atos de ocultação ou dissimulação representem uma extraordinária lesão ao bem jurídico tutelado pela lavagem, tamanha a ponto de o tipo do delito produtor se revelar incapaz de valorá-la.

4.7. À guisa de conclusão: alguns critérios para a admissão da autolavagem

Esperamos ter demonstrado, nas linhas que se seguiram, alguns dos maiores questionamentos envolvendo a admissão de um concurso entre a lavagem e o delito produtor, bem como a forma com que a doutrina e a jurisprudência os têm enfrentado. Feito isso, estamos em condições de tecer algumas breves, porém relevantes considerações quanto aos limites e condições que julgamos importantes à aceitação da autolavagem.

Nos termos com que exposto acima, admitimos a relevância penal da autolavagem não apenas pela ausência de uma ressalva legal quanto à impunibilidade do autor do crime dito antecedente, mas fundamentalmente porque consideramos que o conteúdo de injusto da lavagem pode ser – e frequentemente o é – muito distinto daquele apresentado pelo delito produtor, reclamando assim a incidência de ambos os tipos para que se alcance o integral desvalor dos fatos. Mas a admissão da autolavagem jamais poderá conduzir, nos casos concretos, a uma irrefletida ou necessária aceitação do concurso entre o delito produtor e a lavagem. Será preciso sempre avaliar se o conteúdo de injusto da lavagem já não se encontra

uma estrutura que o coloque para além dos limites valorativos e regulativos do tipo de crimes em singular aplicação” (2005, p. 591).

ao menos substancialmente abarcado naquele do delito produtor e somente quando isso não se verificar é que se poderá admitir um concurso efetivo entre tais infrações.

Por isso mesmo, e justamente porque não vislumbramos qualquer vedação típica para tanto, admitimos inclusive a possibilidade de um concurso formal entre o delito produtor e a lavagem, mas desde que demonstrada a efetiva e especial necessidade, no caso concreto, de se recorrer a ambos os tipos para se alcançar o integral desvalor da ação. Devemos lembrar, no entanto, que a referida possibilidade é contundentemente afastada pelos nossos Tribunais Superiores. Para além disso, quando o ato de ocultação ou dissimulação típico de lavagem já estiver contido no tipo do delito produtor, só será possível reconhecer o concurso formal entre tais infrações caso se demonstre uma exorbitante ou extraordinária lesividade ao bem jurídico tutelado pela lavagem. Por outro lado, já não enxergamos a caracterização da lavagem na conduta do agente que, tendo praticado o delito produtor, se limita a utilizar ou usufruir a vantagem criminosa, ou mesmo a dispô-la, sem dissimulação, em nome de uma pessoa jurídica que lhe pertença, ou em nome do cônjuge e pessoas físicas que com ele guardem um parentesco de primeiro grau (pais e filhos).

No entanto, e fora desses casos, se admitido que o conteúdo de injusto do delito produtor não é capaz, por si só, de esgotar ao menos substancialmente o desvalor dos fatos, parece-nos inevitável a admissão do concurso efetivo entre esse delito e a lavagem³²³.

De todo modo, e nos termos com que já exposto anteriormente, consideramos que os atos objetivamente típicos de lavagem são aqueles que se realizam através de algum instrumento ou meio capaz de consignar, registrar ou apresentar fatos juridicamente relevantes (sistema bancário, fiscal, cartorário etc.). E mais: a ocultação física de alguma das características do produto criminoso (localização, movimentação, disposição) só realizará um ato objetivamente típico de lavagem se, *adicionalmente* a essa conduta, ou for apresentada alguma informação inverídica *especificamente* em relação a essa característica fisicamente ocultada, ou, quando devida, for omitida uma informação idônea sobre ela.

³²³ Assim também se manifesta João Costa Andrade (2009, p. 320), que, discorrendo sobre o concurso entre a lavagem e os crimes tributários, afirma que “considerando-se cabalmente preenchidos os sentidos autônomos de ilicitude expressos por aquelas duas incriminações, deve admitir-se a solução do concurso efectivo”.

4.8. Casos práticos envolvendo o concurso material ou formal entre a lavagem e o delito produtor

À luz de tudo quanto exposto até aqui, buscaremos analisar, agora, algumas das maneiras com que se manifestam o concurso entre a lavagem e o delito produtor, notadamente em alguns casos emblemáticos que acabam por despertar grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. São eles: (i) o concurso entre a lavagem e os crimes contra a administração pública, notadamente a corrupção passiva; (ii) o concurso entre o delito produtor e a lavagem quando essa é praticada antes, porém com a robusta expectativa de obtenção do produto criminoso; e, por fim, (iii) o concurso entre a lavagem e os crimes tributários. Aos casos, então.

4.8.1. Problemas especiais do concurso entre a lavagem e crimes contra a administração pública

O primeiro grupo de casos do qual nos ocuparemos é o que envolve o concurso entre a lavagem e os crimes contra a administração pública³²⁴. Não desconhecemos a posição doutrinária que, tomando a administração da Justiça como o único bem jurídico tutelado pela lavagem, considera inviável o concurso entre esse delito e aqueles contra a administração pública, porque presente uma possível identidade entre os bens jurídicos da lavagem e do delito produtor. Assim, embora não tomem a administração da Justiça como o bem jurídico protegido pela lavagem, André Luís Callegari e Ariel Weber (2017a) apontam que:

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

Contudo, não vislumbramos o apontado óbice ao reconhecimento de um concurso entre a lavagem e os delitos contra a administração pública. É que, segundo pensamos, não parece adequado considerar que o tipo de delito da lavagem protege a administração pública (em sentido amplo) *nos mesmos aspectos* que todos os demais delitos previstos no Título XI do Código Penal, pois o delito em comento tutela uma parcela muito específica da administração

³²⁴ Segundo Nelson Hungria (1959, p. 509), nos crimes contra a administração pública busca-se tutelar “o interesse de normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública”.

pública em sentido amplo (a administração da Justiça). Assim, não nos parece possível reconhecer um *bis in idem* na punição de condutas que afetam *dimensões* consideravelmente distintas da administração pública (em sentido amplo). Aliás, mesmo quando a Lei 9.613/98 adotava um rol taxativo de infrações penais ditas antecedentes à lavagem, ela aceitava expressamente a possibilidade de caracterização da lavagem que tivesse como delito produtor um crime contra a administração pública³²⁵. Admitimos, por conseguinte, e desde que não incidente a consunção, a possibilidade de um concurso material entre a lavagem e os delitos contra a administração pública, notadamente o peculato (art. 312, CP), a concussão (art. 316, CP), a corrupção passiva (art. 317, CP) e o tráfico de influência (art. 332, CP).

Dito isso, o texto que vai adiante se volta para a análise de algumas das nuances – embora não sejam as únicas – que consideramos mais sensíveis no concurso entre a lavagem e os crimes contra a administração pública. Muito se discute, nesses casos, acerca da possibilidade de caracterização da lavagem, especialmente quando o crime contra a administração pública está inserido em um tipo penal misto alternativo, tal como se dá com a corrupção passiva (art. 317, do CP) e o tráfico de influência (art. 332, do CP).

Em tais crimes, não raro, o *recebimento* ou *obtenção* da vantagem indevida se dá quando o agente já a *solicitou* ou ao menos *aceitou a promessa* de recebê-la. Com isso, abrem-se alguns questionamentos importantes à admissão de um concurso entre a lavagem e as referidas infrações, dentre os quais podemos citar: (i) solicitada a vantagem e, portanto, consumado o crime contra a administração pública, o seu eventual recebimento constitui ainda uma fase consumativa do delito ou o seu mero exaurimento? (ii) o ato de recebimento da vantagem indevida integra, ainda, a conduta que constitui o crime contra a administração pública ou se trata de uma conduta autônoma? Até pela gravidade de suas consequências, não cabe aqui nenhum açodamento na apresentação de qualquer resposta. Começemos, então, pela forma com que o assunto vem sendo tratado em nossos tribunais.

4.8.1.1. Breve panorama da discussão no âmbito jurisprudencial

Quando do julgamento dos Sextos Embargos Infringentes na AP 470 (BRASIL, 2014k), travou-se uma profunda discussão tendente a saber se o recebimento da vantagem indevida, após o agente tê-la solicitado, constitui ou não uma conduta autônoma em relação àquela que

³²⁵ Vide o revogado art. 1º, V, da Lei n. 9.613/98.

primeiro consumou o delito de corrupção passiva (a *solicitação*). E isso porque, partindo da ideia de que a lavagem exigiria à sua configuração uma conduta distinta e posterior em vista daquela caracterizadora do crime antecedente, se o recebimento da vantagem indevida fosse compreendido como ato que integraria, ainda, a conduta consumativa da corrupção passiva, então tal ato não poderia ser tomado como uma conduta autônoma, inclusive caracterizadora da lavagem; no entanto, se entendido de modo diverso, não se poderia vislumbrar no recebimento da vantagem indevida uma conduta autônoma e, com isso, fechar-se-iam as portas ao reconhecimento da lavagem.

Nos termos com que melhor exposto adiante, entendemos que, para fins de caracterização da lavagem, é irrelevante a discussão voltada a esclarecer se o recebimento da vantagem indevida integra, ainda, a fase consumativa da infração penal, ou se já pertence ao seu exaurimento. Vamos, de todo modo, enfrentar a referida discussão a fim de melhor explicitar a forma com que ela vem sendo abordada.

No julgamento dos Sextos Embargos Infringentes na AP 470, colhe-se, dentre os votos condenatórios que, “uma vez aceita a promessa de vantagem indevida pelo agente, resta consumado o delito do art. 317 do Código Penal, consistindo o posterior recebimento da peita em mero exaurimento do delito” (*ibidem*, p. 16). Prevaleceu, contudo, o entendimento de que “o recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro” (*ibidem*, p. 31). No julgado em questão, reconheceu-se, então, que o recebimento da vantagem indevida constituía ainda a conduta consumativa do delito de corrupção passiva, razão pela qual não poderia ser visto como uma conduta autônoma capaz de caracterizar a lavagem de dinheiro. É importante dizer, ainda, que o precedente em questão tem sido reafirmado em diversos julgados do STF (BRASIL, 2019e, 2018s).

Recentemente, contudo, a questão voltou a ser objeto de grande atenção, notadamente em razão da denominada Operação Lava Jato. Em várias das sentenças proferidas pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, considerou-se que o recebimento da vantagem indevida, conquanto pudesse caracterizar também a lavagem, integraria ainda a própria conduta de corrupção, conduzindo ao aperfeiçoamento de um concurso formal entre tais essas infrações penais. Confira-se o trecho da sentença proferida nos autos de n. 501340559.2016.4.04.7000/PR (BRASIL, 2017b):

313. Assim, se no pagamento da vantagem indevida na corrupção, são adotados, ainda que concomitantemente, mecanismos de ocultação e dissimulação aptos a ocultar e a conferir aos valores envolvidos a aparência de lícito, configura-se não só crime de corrupção, mas também de lavagem, uma vez que ocultado o produto do crime de corrupção e a ele conferida a aparência de licitude. Forçoso reconhecer, diante da concomitância, o concurso formal entre corrupção e lavagem.

Por sua vez, o TRF-4, analisando o sobredito caso em sede apelação, manifestou-se no sentido de que a corrupção passiva se consumaria com a simples solicitação da vantagem indevida. Por este motivo, o recebimento dessa vantagem configuraria um ato posterior ao encerramento da fase consumativa da corrupção, tratando-se, em tese, de uma conduta autônoma em relação a esse delito. Como se vê, o referido entendimento em muito se aproxima daquele esposado pela corrente vencida nos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/MG. Eis como o assunto foi tratado pelo TRF-4:

4.5 *Concurso entre os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.* O Juízo de primeiro grau reconheceu a existência de concurso formal entre os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, solução que vai de encontro ao entendimento desta 8ª Turma, a qual vem afirmando o concurso material entre tais delitos em todos os casos análogos.

Perceba-se que a consumação do crime de corrupção, antecedente ao de lavagem de dinheiro, não se dá no momento em que é realizada a dissimulação e ocultação do patrimônio transferido ao beneficiário espúrio. Consoante esclareci no tópico 4 deste voto, a corrupção é crime formal que resta integralmente consumado com a simples solicitação da vantagem. O posterior cumprimento do ajuste mediante realização dos pagamentos por intermédio de mecanismos de lavagem de dinheiro consoma novo delito autônomo cuja pena deve ser cumulada com a sanção atinente à corrupção. Não há simultaneidade entre as condutas.

Muito embora esteja apontando a inadequação da sentença no ponto, não há como reformar o julgado em virtude da inexistência de recurso do Ministério Público Federal sobre o tema. Trago esta breve ponderação apenas com o intuito de ressaltar que este Tribunal não olvidou o fato de que a sentença de primeiro grau se distanciou da orientação jurisprudencial estabelecida³²⁶.

No que diz respeito ao recebimento da vantagem indevida após o agente tê-la *solicitado*, os entendimentos aqui expostos ilustram bem as três maneiras com que a questão costuma ser tratada: (i) considerando-se que o recebimento da vantagem indevida é ato que integra, ainda, a fase consumativa da corrupção passiva, não podendo ser valorado como um ato autônomo integrante ou caracterizador da lavagem (corrente vencedora nos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/STF); (ii) entendendo-se que o recebimento da vantagem indevida perfaz o mero exaurimento da corrupção, autorizando que tal ato seja tratado como uma conduta autônoma (corrente vencida nos Sextos Embargos Infringentes na AP 470/STF, e a posição sustentada pelo TRF-4); ou (iii) admitindo-se que o recebimento da vantagem indevida pertence ainda à

³²⁶ Cf. o voto proferido pelo Desembargador Leandro Paulsen nos autos da apelação na ação penal n. 501340559.2016.4.04.7000. (BRASIL, 2017s).

fase consumativa da corrupção passiva, mas reconhecendo, mesmo assim, que tal ato poderia caracterizar um concurso formal entre esse delito e a lavagem de dinheiro (tese que vem sendo aplicada no Juízo de origem da “Operação Lava-jato”).

É importante, então, analisarmos as premissas teóricas por trás desse debate.

4.8.1.2. Consumação e exaurimento nos tipos penais mistos alternativos: o caso da corrupção passiva e do tráfico de influência

O delito de corrupção passiva (assim como o tráfico de influência) se encontra inserto em um tipo penal misto alternativo, conforme apontado pela doutrina (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 1.348). E, como destacado na lição de Frederico Horta (2007, p. 5), os tipos penais mistos alternativos são aqueles que “descrevem formas diversas e eventualmente complementares de uma mesma infração, das quais é indiferente, para o reconhecimento da unidade delitiva, que se tenha concretizado, em unidade de contexto, apenas um ou mesmo todas”. Aliás, a ideia por trás dos tipos penais mistos alternativos é justamente a de se evitar uma multiplicidade delitiva por condutas que, em um determinado contexto, lesam de uma maneira muito similar um mesmo interesse jurídico (MOUTINHO, 2005, p. 1081).

Por isso mesmo, Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 194) dizia que, nos tipos penais mistos alternativos, as condutas penalmente relevantes são fungíveis e permutáveis³²⁷ ou, como também apontado na doutrina estrangeira, as suas “*diversas modalidades de comisión son permutables entre sí, de modo que la realización de más de una de ellas no rompe la unidad delictiva*” (MORÁN, 2012, p. 14). Nesse passo, ainda que o autor realize mais de uma das condutas descritas no tipo, ele praticará, tão somente, uma única infração penal³²⁸.

Contudo, mesmo admitindo que o recebimento da vantagem indevida, após a sua solicitação, caracteriza um só – e *mesmo* – crime de corrupção, permanecemos sem respostas quanto ao nosso questionamento inicial: apesar de não constituir um novo delito de corrupção,

³²⁷ Ressalte-se a lição de Lobo Moutinho (2005, p. 1083): “a previsão em alternativa, de várias modalidades de realização do tipo pode desempenhar apenas exatamente o papel de prever de modo sem dúvida mais expreso (mas ainda indeterminado, porque alternativo) as várias possibilidades com as quais conta (na zona periférica ou acidental) o – *mesmo e único* – tipo de crime e cuja verificação “repetida”, para além do mínimo indispensável à existência do crime, é ainda por ele alcançada e esgotada como circunstância e constitui, por isso, um crime estritamente unitário”.

³²⁸ Discorrendo sobre as distintas condutas previstas em um tipo penal misto alternativo, Lobo Moutinho (2005, p. 1.088) aponta que, “havendo entre as diversas alternativas uma relação de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção, isso significa que a previsão de uma delas conta já com a realização eventual dos aspectos que (aparentemente) na outra se inserem, pelo que não sobra qualquer espaço ou legitimidade para se não aplicar uma só vez o tipo de pena”.

o recebimento da vantagem indevida integra a sua fase consumativa ou apenas a etapa de exaurimento dessa infração?

Nem sempre será fácil – e frequentemente não o é – delimitar até onde vai o estágio da consumação e quando se inicia a fase de exaurimento do crime³²⁹. No entanto, e nos termos do art. 14, I do CP, diz-se consumado o crime “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”, ou seja, quando há “a realização dos momentos ou elementos necessários, segundo cada norma incriminadora singular, para a aplicação ao agente da pena que ela própria estabelece” (MOUTINHO, 2005, p. 548). Por sua vez, o exaurimento do crime diz respeito àqueles “comportamentos mediante os quais o agente (...) atinge os efeitos que a lei pretende evitar ou que ele pretendia alcançar” (*ibidem*, p. 545).

Segundo entendemos, a diferença (sútil, é verdade) está em que, nos tipos penais mistos alternativos, a fase consumativa alcança todos os atos que, isoladamente, estão previstos como possíveis realizadores do tipo, ao passo que o exaurimento abrange aqueles atos que, por si sós, são incapazes de realizá-lo, porque não previstos como núcleos típicos.

Pensemos no estupro (art. 213, CP), inscrito em um tipo penal misto alternativo³³⁰. O agente que, mediante violência ou grave ameaça, pratica os *atos libidinosos*, desde então consuma o referido delito. Mas, se após a prática dos atos libidinosos, ele ainda realizar a conjunção carnal, este ato – devidamente descrito no tipo – não representará o mero exaurimento do crime, mas sim (e ainda) a própria fase consumativa da infração, porque tal ato constitui um dos núcleos desse tipo penal misto alternativo. O mesmo se dá com o crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/06), igualmente inscrito em um tipo penal misto alternativo: o ato através do qual o agente *vende* a droga, depois de a ter *preparado*, não constitui o mero exaurimento do crime, mas sim um ato integrante da fase consumativa da infração (BRASIL, 2017f). Por outro lado, no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP), a *intenção* de obter uma vantagem como condição ou preço do resgate até é um elemento essencial ao crime, mas a efetiva obtenção dessa vantagem já não constitui uma das condutas descritas no tipo, isto é, trata-se de um ato indiferente à consumação do delito (SANTOS, 2018, p. 408). Assim, caso ocorra a obtenção da vantagem, ela representará o mero exaurimento da infração, porque o ato de obtê-la não constitui uma das condutas abrangidas pelo tipo (*ibidem*, p. 408).

³²⁹ Afinal, e como bem ressaltado por Lobo Moutinho, “a duração do crime não se esgota necessariamente no momento em que, pela primeira vez, se chegam a reunir os elementos que, segundo o tipo de crime, são essenciais à existência do crime e à punibilidade do agente nos termos estabelecidos no tipo de pena” (2005, p. 541).

³³⁰ Cf. a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2019d, 2013f, 2017h, 2013e).

Por isso, nos parece que, em se tratando de um tipo penal misto alternativo, a nota diferenciadora entre os atos que integram a conduta consumativa e aqueles que consistem no mero exaurimento do crime é, justamente, o fato de tais atos estarem ou não previstos como uma das condutas típicas. Se, consumada a infração, forem praticados atos que constituem núcleos do tipo, eles integrarão ainda a própria fase consumativa do delito; no entanto, se tais atos não representarem uma das nucleares típicas da infração e se traduzirem numa finalidade última perseguida pelo agente, eles se darão para além da fase consumativa, caracterizando – por ausência de previsão no tipo – apenas o exaurimento do crime³³¹.

E assim postas as coisas, parece-nos claro que, na corrupção passiva, o recebimento da vantagem indevida, após o agente tê-la solicitado, é ato que pertence ainda à fase consumativa do delito e não ao seu exaurimento. Afinal, em se tratando de uma infração prevista em um tipo penal misto alternativo e uma vez que o recebimento da vantagem indevida é uma das condutas descritas no tipo, logo se conclui, que o recebimento da vantagem é ato integrante ainda da fase de consumação do delito. Se o recebimento da vantagem não constituísse um dos atos através do qual a infração se consumasse, até se poderia dizer que o recebimento representaria o mero exaurimento da infração. Evidentemente, porém, não é esse o caso.

4.8.1.3. O recebimento ou obtenção da vantagem indevida: uma conduta autônoma em relação à corrupção passiva e ao tráfico de influência?

Dito que o recebimento da vantagem indevida integra ainda a fase de consumação da corrupção, abrem-se dois caminhos: (i) para aqueles que entendem que a lavagem de dinheiro exige um ato autônomo e posterior àquele caracterizador da infração penal antecedente, vê-se a impossibilidade de reconhecimento da lavagem no caso, na medida em que o recebimento não poderá ser visto como uma conduta autônoma; (ii) para quem, como nós, compreende que a lavagem pode se caracterizar através do próprio ato que consuma o delito produtor, o reconhecimento da vantagem indevida como ato consumativo (e não exauriente) da corrupção mantém inalterada a possibilidade de um concurso formal entre esse delito e a lavagem, mas afasta a hipótese de um concurso material.

³³¹ Assim aponta Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 408), para quem “a consumação do tipo de injusto pode ser *formal* e *material*: a consumação *formal* do fato punível, suficiente para aplicação da pena integral, ocorre com a realização de *todos os elementos de sua definição legal* (art. 14, I, CP); a consumação *material* do tipo de injusto (também conhecida como *término* ou *exaurimento* do fato) coincide, normalmente, com a consumação formal, mas pode ser posterior (...); ou seja, a consumação formal ocorre com a produção do resultado típico, mas permanece em estado de consumação material enquanto dura a invasão da área protegida pelo tipo legal, até a realização da intenção especial que informa a ação do autor”.

De todo modo, e ao menos sob o prisma da possibilidade de um concurso material entre a lavagem e o delito produtor, a discussão aqui exposta nos parece irrelevante, como já o adiantamos ao início deste tópico.

É que, à luz da teoria da unidade típica de ação, a conduta – que pode ser constituída por um ou mais atos – diz respeito a todos os atos relevantes à realização típica (JAKOBS, 1997, p. 1077; ROXIN, 2014, p. 945; MEZGER, 1957, p. 365; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 766; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 859). Quer-se dizer com isso, que o tipo realizado reúne, em uma única ação, todos os atos relevantes à sua caracterização (ROXIN, 2014, p. 945)³³², inclusive aqueles eventualmente absorvidos pelo tipo prevalente no caso (MEZGER, 1957, p. 368-369). E, nos termos com que já explicitado no segundo capítulo da presente dissertação, se, no caso concreto, os atos materializadores dos delitos concorrentes apresentarem uma identidade *total* ou ao menos *parcial* entre si, haverá de se reconhecer, por força de tal identidade, que os referidos atos se encontram em uma unidade de conduta, conduzindo, por conseguinte, ao reconhecimento de um concurso formal entre as infrações praticadas.

Resta delimitar, então, a partir de onde e até quando a identidade entre os atos dos diversos tipos realizados é relevante para se caracterizar a unidade de conduta – e, com ela, um concurso formal. Ou seja: é preciso indicar quais são, no *iter criminis*, os momentos relevantes para se fundamentar uma unidade de ação.

Quanto ao momento inicial, entende-se que haverá uma unidade de conduta se, a partir do estágio da tentativa, houver alguma identidade entre os atos executivos dos diversos tipos realizados (JAKOBS, 1997, p. 1.103; AISA, 2004, p. 405-406.) Não entram aqui, portanto, a fase interna do *iter criminis* (a cogitação) e tampouco os atos meramente preparatórios (JAKOBS, 1997, p. 1103; AISA, 2004, p. 405-406)³³³. Já em relação ao estágio final, predomina na doutrina o entendimento de que haverá a unidade de conduta se, ainda que na fase de exaurimento, houver alguma identidade entre os atos executivos dos crimes praticados (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 776; AISA, 2004, p. 406)³³⁴. Seria imperioso, portanto, o

³³² Nesse sentido é também a lição de Frederico Horta (2007, p. 44): “ao mesmo tempo que conferem relevância, o tipo, como modelo legal de conduta incriminada, reúne todos os atos empregados na sua realização, bem como os efeitos que essa realização abarca como unidades de ofensa aos bens jurídicos por meio dele tutelados”.

³³³ Também nesse sentido afirma Claus Roxin (2014, p. 971): “*la coincidencia de acciones en un estadio anterior a la ejecución no fundamenta aún una coincidencia de las acciones ejecutivas.*”

³³⁴ Segundo Claus Roxin (2014, p. 969), “*la jurisprud. y la op. dom. consiguen una ampliación considerable del concurso ideal debido a que el estadio entre consumación formal y terminación o agotamiento material de un delito se le adjudica a la acción ejecutiva o de ejecución, de forma que las superposiciones parciales de la acción con otros delitos que se produzcan luego fundamentan un concurso ideal*”. Em sentido contrário, cf. Jakobs, para quem “*en estas terminaciones, no se trata de acciones del hecho, sino de objetivaciones de una situación motivacional relevante en el hecho sólo en su expresión subjetiva*” (1997, p. 1.103).

reconhecimento da unidade de ação sempre que presente uma coincidência (parcial) entre as ações executivas de um delito e aquelas praticadas já no exaurimento de uma outra infração³³⁵.

E é precisamente por essa razão que entendemos irrelevante – ao menos para fins de análise de um concurso material entre a lavagem e a corrupção – a discussão voltada a saber se o recebimento da vantagem indevida integra a fase consumativa ou de exaurimento da corrupção passiva: afinal, quer o recebimento seja visto como pertencente à fase consumativa do delito, quer o seja relacionado ao estágio do exaurimento, de todo modo, esse ato integraria (em unidade) a conduta caracterizadora da corrupção passiva, jamais constituindo um ato – e muito menos uma conduta – autônomo e distinto em relação à conduta realizadora da corrupção.

Assim, por mais que se enxergue no recebimento da vantagem indevida um ato que representa o mero exaurimento do crime, ainda assim esse ato seria reunido pelo tipo (junto aos demais atos praticados) em uma unidade de ação. Ou seja: se houver uma identidade entre os atos executivos da lavagem e os atos que caracterizam apenas o exaurimento da corrupção, não se poderá reconhecer um concurso material entre tais infrações, mas tão somente um concurso formal, porque os atos perpetrados já na fase do exaurimento também integram, em unidade, a conduta de corrupção. O recebimento da vantagem, portanto, jamais poderia representar um ato distinto e autônomo em relação à conduta de corrupção passiva.

Postas as coisas nesses termos, o recebimento da vantagem indevida – quer pertença à fase consumativa, quer ao estágio do exaurimento – não pode ser utilizado para a caracterização de um concurso material entre a lavagem e a corrupção passiva. Por conseguinte, quando se quiser vislumbrar no recebimento da vantagem indevida o ato materializador da lavagem, isto até poderá ser feito caso se admita a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor (algo rechaçado pelos nossos Tribunais Superiores), mas nunca através de um concurso material entre tais crimes.

³³⁵ Cf. Estrella Aisa (2004, p. 406): “*Los delitos en los que no coinciden la consumación y la terminación son entendidos por la doctrina como supuestos de unidad de acción, de modo que un solapamiento que sólo se produzca en esta última fase origina concurso ideal*”. Para Claus Roxin (2014, p. 970), um exemplo é o do autor de um furto que conduz embriagado um veículo para assegurar a posse da *res furtiva*, pois, nesse caso, “*el aseguramiento del botón forma parte material del hurto y la construcción de la consumación formal significa únicamente un adelantamiento de la punibilidad ilimitada*”. No mesmo sentido, cf.: Jescheck e Weigend (2002, p. 776).

4.8.1.4. Identidade entre o ato típico de lavagem e o recebimento indireto da vantagem indevida: incidência da consunção?

Reconhecido que um mesmo ato pode se amoldar tanto à figura típica da corrupção passiva quanto àquela da lavagem, resta saber se haverá ou não uma necessária incidência da consunção, punindo-se o agente exclusivamente pela corrupção passiva de modo a afastar um possível *bis in idem*. Mas, como já dito, a incidência da consunção só pode ser reconhecida à luz do conteúdo de injusto dos delitos em concurso aparente.

E a essa altura, porém, a análise do conteúdo de injusto da corrupção passiva³³⁶ nos compele a enfrentar um ponto extremamente sensível: é que, conforme a redação típica, essa infração pode se caracterizar com o recebimento da vantagem “para si ou para outrem, direta ou *indiretamente*”, isto é, o tipo já abrange aqueles casos em que a obtenção da propina se dá através de terceiros. E o que se tem, à vista disso, é que o tipo penal da corrupção passiva prevê expressamente a possibilidade de um recebimento dissimulado da vantagem indevida, de modo que a obtenção indireta da propina, mesmo que através de interpostas pessoas, é uma conduta em princípio passível de valoração pelo tipo penal.

Resta saber, então, se a previsão típica em comento impede, em razão de uma possível violação ao *bis in idem*, que o recebimento indireto da vantagem indevida seja tomado, também, como o ato caracterizador da lavagem.

É bom que se diga, novamente, que a peculiaridade em questão foi analisada pelo STF quando do julgamento dos Sextos Embargos Infringentes da AP 470/MG, em que se consignou, dentre os votos vencedores, que o recebimento da vantagem “não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento direto ou indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal” (BRASIL, 2014k, p. 43)³³⁷, e que “o recebimento da vantagem indevida por interposta pessoa constitui espécie das condutas possíveis atinentes ao recebimento indireto da atual legislação” (*ibidem*, p. 53)³³⁸.

Ainda em relação à possibilidade de um concurso entre a lavagem e o delito de corrupção passiva, tem-se a manifestação de Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 125-128), que, analisando o julgamento dos Sextos Embargos Infringentes da AP 470/MG pelo STF, afirma:

³³⁶ Acerca do tema, Luís Greco e Adriano Teixeira (2017, p. 148) apontam que “o injusto da corrupção com infração funcional reside, consequentemente, no abuso de poder por meio do desrespeito, condicionado por um recebimento de vantagem, à ideia de legalidade do serviço público”.

³³⁷ Trecho do voto do Min. Teori Zavascki.

³³⁸ Trecho do voto da Min. Rosa Weber.

A Corte afastou a incidência do segundo por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores integra expressamente o tipo penal de corrupção passiva. Essa forma de ocultação, portanto, está contida no art. 317 do Código Penal, de forma que o delito de lavagem de dinheiro é absorvido pelo crime antecedente. [...]. Assim, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento “indireto” dos valores, há contingência entre os tipos penais, aplicando-se o instituto da consunção. Isso não impede a verificação do concurso material entre a lavagem de dinheiro e corrupção passiva se constatado no caso concreto outro ato de ocultação ou dissimulação para além do recebimento indireto, como, por exemplo, o envio de dinheiro para o exterior, para contas de terceiros, ou a simulação de negócios posteriores com a finalidade de conferir aparência lícita aos recursos recebidos. A menção ao recebimento indireto no tipo penal da corrupção passiva não implica salvo conduto para qualquer comportamento de ocultação posterior.

Não concordamos, porém, com o entendimento de que a corrupção passiva absorverá a lavagem, em todo e qualquer caso, sempre que o ato de ocultação ou dissimulação se identificar com a previsão típica de um recebimento indireto da vantagem indevida descrita no art. 317 do CP.

Já expusemos, em tópicos anteriores, que a identidade entre os elementos típicos de dois delitos não é suficiente para, de pronto e *a priori*, afirmar-se a impossibilidade de um concurso efetivo entre eles. Pelo contrário: o concurso aparente somente poderá ser reconhecido se demonstrado, à luz do caso concreto, que um dos tipos é capaz de reprovar substancialmente a integralidade do fato, o que não pode ser aferido com vistas a um único elemento do tipo isoladamente analisado³³⁹. É que, por mais que um dos tipos carregue um elemento que também pertence a uma outra infração penal, nem sempre se poderá dizer que esse elemento típico já traz em si todo o desvalor do outro delito³⁴⁰, razão pela qual a identidade entre algum dos elementos constitutivos de distintos tipos não impede, em absoluto, o concurso efetivo entre eles.

Assim, por exemplo, embora o estelionato já preveja expressamente a possibilidade do emprego de alguma falsidade, essa só será absorvida por aquele caso tenha a sua potencialidade lesiva esgotada no estelionato. Do contrário, isto é, naqueles casos em que a falsidade apresentar

³³⁹ É de se lembrar, aqui, a lição de Estrella Aisa: “*En el ámbito penal el significado de los elementos o datos fácticos se extrae de un contexto determinado: el tipo, no de un concreto elemento del tipo sino del tipo en su conjunto. Por tanto, en caso de concurrencia de varios tipos, lo relevante no es el análisis de los elementos típicos individualmente considerados sino del tipo en su conjunto. Aunque dos tipos posean uno o varios elementos comunes ello no significa aún que no sea posible su aplicación conjunta*” (2004, p. 250).

³⁴⁰ Bem o demonstra García Alberó (1995, p. 165), para quem: “*la pretensión de operar con el criterio de especialidad refiriéndolo a la relación entre elementos típicos aisladamente considerados adolece de dos equívocos. En primer lugar, desconoce que tales elementos están en relación contextual con la totalidad del supuesto de hecho, de modo que aisladamente considerados no son expresivos de desvalor alguno con lo que el vínculo de “necesidad” que se produce entre el delito específico y genérico, y que desvela la absorción de desvalor, no resulta operativo. En segundo lugar, presupone, como hemos visto, que toda posible forma concreta de realización de un elemento típico aparece desvalorada por el tipo en su conjunto*”. Também nessa linha é o posicionamento de Frederico Horta (2007, p. 80).

uma lesividade tamanha que já não possa ser inteiramente valorada pelo estelionato, será preciso recorrer à incidência típica do *falsum* para que se alcance o integral desvalor do fato. É exatamente nesse sentido o teor da Súmula n. 17/STJ: “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido” (BRASIL, 1990b). Aqui, e por mais que presente uma identidade entre os elementos típicos das duas infrações, o concurso efetivo entre elas não representará nenhuma violação ao *non bis in idem*, porque somente a dupla incidência típica é que se revelaria capaz de abarcar o integral desvalor do comportamento.

Igualmente, mesmo que o ato identificado como de lavagem já esteja contido, expressamente, na corrupção passiva, ainda assim será possível – e devida – a dupla incidência típica sempre que o tipo da corrupção não se mostrar capaz, por si só, de abarcar o integral desvalor do fato. É que, se a análise quanto à consunção deve ser feita a partir da análise do tipo em seu conjunto – e não a partir da consideração isolada de algum dos seus elementos (ALBERO, 1995, p. 165; HORTA, 2007, p. 80) –, não bastará dizer que a lavagem deverá ser absorvida pela corrupção, em todo e qualquer caso, tão somente porque previsto neste último delito a possibilidade de um recebimento *indireto* da vantagem indevida.

E isso porque, em que pese o tipo da corrupção passiva apresentar a capacidade de valorar o recebimento “*indireto*” da vantagem indevida, isso não quer dizer que ele será capaz de esgotar o desvalor de todo e qualquer caso em que a prática de tal ato vier a preencher, também, a moldura delitiva da lavagem. Assim, e uma vez satisfeita a tipicidade objetiva e subjetiva da lavagem, se o modo com que empreendido o recebimento indireto da vantagem apresentar um desvalor tal que já não possa ser inteiramente abarcado pela corrupção, será preciso recorrer ao delito de lavagem para se alcançar a íntegra valoração do fato.

É evidente, no entanto, que essa previsão contida no tipo da corrupção passiva não pode ser menosprezada: os tipos penais são criados para que, *em regra*, consigam abarcar em si todo o desvalor dos comportamentos que os realizam (ALBERO, 1995, p. 82-83), e, por isso mesmo, o recebimento indireto da vantagem indevida somente reclamará a incidência de uma nova figura delitiva caso extrapole, consideravelmente, aquilo que o tipo da corrupção está ordinariamente preparado para suportar. Dito de outra maneira: o recebimento da vantagem indevida através de interpostas pessoas, conquanto possa se amoldar (objetiva e subjetivamente) também à moldura da lavagem, já virá devidamente valorado pelo próprio tipo da corrupção na imensa maioria dos casos, e apenas em alguns outros de extraordinária lesividade à administração da Justiça é que se precisará recorrer à figura da lavagem.

Com efeito, na medida em que afasta ainda mais o produto criminoso do delito que o originou e de seu autor, o recebimento indireto da vantagem indevida afeta, inegavelmente e

em alguma variável medida, a realização da justiça. Todavia, uma vez que essa possibilidade de lesão já é levada em conta pelo tipo, que prevê a possibilidade de um recebimento “mascarado” da vantagem indevida, então ele próprio será capaz de, *em regra*, apreciar todo o desvalor do evento, o que somente não acontecerá quando se caracterizar uma lesão consideravelmente intensa ao bem jurídico penalmente tutelado pela lavagem. É o caso, parecidos, do agente que recebe a vantagem indevida no exterior através de uma *offshore* constituída em nome de terceiros que não lhe são aparentados ou daquele que recebe a vantagem, por meio de cripto moedas, na conta de empresas fantasmas indiretamente controladas por ele.

Estamos falando, à toda evidência, de casos excepcionais, de incisiva lesividade e, por que não dizer, de ocorrência verdadeiramente rara. Mas, segundo entendemos, somente em tais casos de extraordinária potencialidade lesiva é que se poderá reconhecer a insuficiência do tipo de corrupção passiva para valorar a integralidade do fato: afinal, em se tratando de lesões *ordinárias*, naturalmente o tipo já as alcançaria. Valendo-nos aqui da imagem construída pela Súmula n. 17/STJ, poderíamos dizer que, quando o recebimento indireto da vantagem indevida representar uma lesão ordinária à administração da Justiça, não se caracterizará a lavagem, que somente terá lugar nos casos de significativa e extraordinária afetação a tal bem jurídico.

Precisamente por essa razão, não vislumbramos a caracterização da lavagem quando o agente recebe a vantagem indevida *para si* por meio do cônjuge ou de algum familiar próximo (pais, filhos, irmãos, ascendentes e descendentes), através de funcionários, amigos ou do partido político a que pertence. Afinal, o tipo da corrupção prevê a possibilidade de um recebimento *indireto* da vantagem indevida e, nessa hipótese, nada mais natural – e até mesmo esperado – que o agente o faça através de pessoas físicas e jurídicas que lhes sejam próximas. E, ao que nos parece, o recebimento da vantagem *para si* através de tais pessoas apresenta-se como um desdobramento absolutamente comum à previsão delitiva da corrupção passiva.

Por outro lado, e a demonstrar a relevância que assume no tipo da corrupção a previsão de um recebimento *indireto*, já não vislumbramos que o tipo do tráfico de influência – que não contém a referida previsão – está preparado para valorar tantos casos de ocultação ou dissimulação quando da obtenção da vantagem de que fala o tipo³⁴¹. No caso do tráfico de influência (art. 332, CP), em que se admite a destinação da vantagem *para outrem*, nos parece que até se poderá admitir algum mascaramento sobre a proveniência criminosa dos valores, mas

³⁴¹ Afinal, e como bem apontado por Eugênio Pacelli e André Callegari (2015, p. 424), “a proibição do *bis in idem* tem por fundamento exatamente o esgotamento do juízo de valoração jurídico-penal em relação a duas ou mais modalidades de ofensas a um mesmo bem jurídico, se elas *integrarem* ou estiverem inteiramente abarcadas por um tipo penal mais completo”.

não da mesma forma e intensidade com que se aceita na corrupção passiva, pois não se prevê, nesse tipo, uma valoração quanto à obtenção da vantagem *para si* de forma *indireta*.

A limitação funda-se em que, embora o tipo admita a obtenção da vantagem *para outrem*, ele já não alcança os casos em que essa obtenção é feita *para si* por vias *indiretas* (ou dissimuladas), ainda mais quando se pretende utilizar tais vias para se conferir uma aparência lícita aos valores provenientes de uma infração penal. Assim, entendemos que, se a obtenção da vantagem *para si* se der por meio *indireto* e o *modus operandi* empregado for hábil – em razão de alguma dissimulação – a conferir uma aparência lícita aos recursos recebidos, poder-se-á caracterizar, conforme o caso, a lavagem de dinheiro, desde que realizada, evidentemente, a tipicidade subjetiva desse delito. É o que ocorre, parece-nos, quando, com o intuito de mascarar a proveniência criminosa da vantagem indevida, o autor do tráfico de influência a obtém, *para si*, através de funcionários, amigos ou do partido político a que pertence, porque, nesses casos, a obtenção *indireta* da vantagem provocará uma efetiva dissimulação de sua origem e propriedade. Uma vez mais, porém, vale ressaltar que a caracterização da lavagem em razão da *obtenção* da vantagem indevida de modo *indireto* só poderia ocorrer se admitida a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, o que, embora aceito por nós, é veementemente negado pelos nossos Tribunais Superiores.

4.8.1.5. Da lavagem por meio de doações eleitorais oficiais

No que diz respeito ao concurso aqui analisado, é importante observar o surgimento de muitos procedimentos penais em que a lavagem é atribuída, ao lado da corrupção passiva, tendo como ato caracterizador o recebimento da vantagem indevida através de doações eleitorais oficiais.

A própria possibilidade de caracterização da corrupção tendo como vantagem indevida o recebimento de uma doação eleitoral oficial já o é, por si só, extremamente problemática, seja pela frequente e crescente fluidez com que se pretende trabalhar a exigência da prática de um ato de ofício³⁴², seja pelo sistema eleitoral que, à época em que autorizava as doações por parte de empresas³⁴³, acabava por estimular relações que, muitas das vezes, tramitavam por uma zona cinzenta entre a corrupção e a natural expectativa de uma atuação legítima em favor dos

³⁴² A esse respeito, aliás, recentemente a Sexta Turma do STJ se manifestou no sentido de que a corrupção poderia se consumir independentemente de o pretendido ato de ofício não se incluir no âmbito de atribuições do funcionário público corrompido. (BRASIL, 2018i).

³⁴³ Como se sabe, no julgamento da ADI 4650/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a possibilidade de financiamento eleitoral através de empresas. (BRASIL, 2016d).

interesses daquele setor empresarial³⁴⁴. De todo modo, tem-se afirmado, em muitos desses casos, que o recebimento da vantagem mascarado por uma doação eleitoral devidamente declarada é hábil, por si só, a conferir uma aparência lícita à quantia recebida.

No Supremo Tribunal Federal, uma pesquisa de jurisprudência com os termos “Lavagem E Doação E Eleitoral” revela um total de 15 (quinze) acórdãos³⁴⁵.

A Primeira Turma do STF já admitiu a possibilidade de caracterização da lavagem, em concurso com a corrupção passiva, no pagamento de vantagem indevida por meio de declaração oficial. No julgamento que deliberou sobre o recebimento da denúncia, o Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2018v, p. 24), relator do caso, concluiu que

O pagamento de vantagem indevida por meio de doações eleitorais configura, a um só tempo, indício da prática do crime de corrupção passiva, na modalidade “receber”, e do crime de lavagem de dinheiro.

É verdade que o recebimento indireto de vantagem indevida não configura necessariamente o crime de lavagem de dinheiro, até porque é uma das modalidades do crime de corrupção passiva. No entanto, no atual estágio do processo criminal, penso que o fato de receber a vantagem indevida por meio de doações eleitorais também configura justa causa para o recebimento da denúncia quanto ao crime de lavagem de dinheiro, em especial porque esses valores são apresentados na Prestação de Contas Eleitoral como de origem lícita, tudo a indicar possível estratégia para conferir aparência de licitude ao dinheiro proveniente de infração penal.

No ponto, foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Marco Aurélio. Vencido apenas o Min. Alexandre de Moraes, que vislumbrava a absoluta inépcia da peça acusatória. É de se ver, no entanto, que se tratava de uma fase processual prematura, embrionária, o que claramente inviabilizou um enfrentamento mais aprofundado da matéria.

A Segunda Turma do STF, por sua vez, teve a oportunidade de analisar a questão com profundidade quando do julgamento da AP 996/DF. Na ação, discutia-se a possibilidade de caracterização de um concurso entre a corrupção passiva e a lavagem quando do pagamento de vantagem indevida através de doação eleitoral oficial. E o relator do caso, Min. Edson Fachin, considerou que (BRASIL, 2019e, p. 219)

³⁴⁴ Acerca das dificuldades aqui apontadas, Alaor Leite e Adriano Teixeira (2017, p. 137) apontam que: “É difícil estabelecer o limite entre a mera doação eleitoral (regular ou irregular) e corrupção. (...). Em geral, costuma-se associar vultosas doações eleitorais por parte de grandes companhias ou de sujeitos opulentos a pagamentos de “propina” em troca da obtenção de contratos ou outras vantagens perante a administração pública. (...). Por outro lado, muito comum é o contra-argumento (...) segundo o qual as doações teriam sido realizadas regularmente, ou seja, teriam sido registradas devidamente na Justiça Eleitoral, o que afastaria a pecha de corrupção. A rigor, ambas as associações descritas apresentam verdadeiros saltos argumentativos: nem a associação automática entre doação vultosa ou ilegal e corrupção, nem o argumento de que a regularidade afastaria a existência de corrupção são, por si, pertinentes”.

³⁴⁵ Desses, enfrentam propriamente a matéria aqui tratada diferentes acórdãos. (BRASIL, 2019e, 2018u, 2019f, 2018s, 2018p, 2018q e 2017r).

é plenamente viável que o agente corrompido negocie com o seu corruptor que o adimplemento da vantagem indevida se dê mediante a prática de ato aparentemente lícito, como é o caso de uma doação eleitoral oficial, hipótese na qual, de forma indubitosa, estaria configurado o crime de lavagem de capitais, diante da flagrante inexistência da predisposição do particular em efetuar a liberalidade.

Acompanhando o entendimento em comento, o Min. Celso de Mello consignou em seu voto que “o recebimento de vantagem indevida por meio de doação eleitoral pode configurar, além do delito de corrupção passiva, também o crime de lavagem de dinheiro” (*ibidem*, p. 327), porque nesses casos os agentes “objetivam, por intermédio da Justiça Eleitoral e mediante defraudação do procedimento de prestação de contas, conferir aparência de legitimidade a doações compostas de recursos financeiros manchados” (*ibidem*, p. 328). O Min. Dias Toffoli, por sua vez, manifestou-se quanto ao ponto pela absolvição do acusado, assim como o fez o Min. Gilmar Mendes, para quem “a lavagem de dinheiro há de ser posterior ao pagamento da vantagem indevida” (*ibidem*, p. 436). Já o Min. Ricardo Lewandowski (*ibidem*, 415), ao absolver o acusado por não vislumbrar, no caso, dolo em relação à lavagem, aduziu que

Admito a coexistência da prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem por um mesmo agente, mas desde que se comprove a realização de dolos distintos para cada um desses delitos. Em outras palavras, não aceito a imposição de dupla punição automática advinda de um único fato delituoso, se não estiverem devidamente comprovados os distintos dolos.

O tema é, portanto, ainda muito sensível mesmo no STF, que não tem por ora uma orientação consolidada clara quanto à matéria.

Na doutrina, Alaor Leite e Adriano Teixeira (2017, p. 148) advertem que:

Deve-se, todavia, ainda considerar a possível relação entre doação eleitoral, corrupção e lavagem de dinheiro, tendo o delito de corrupção como a infração penal antecedente de que fala a lei. Admita-se, como em um dos casos hipotéticos mencionados na seção anterior, que uma doação eleitoral regular constitui propina, ou seja, vantagem indevida no sentido dos arts. 317 e 333 do CP. Seria possível, nesse caso, também a realização do tipo de lavagem de dinheiro. No entanto, cremos ser essa uma leitura equivocada da situação e das normas em jogo, eis que, na hipótese, a doação seria, na grande maioria dos casos, o próprio crime de corrupção. Não haveria, pois, uma relação de antecedência, mas sim de identidade entre os delitos. No máximo poder-se-ia vislumbrar um concurso aparente de normas, cujo resultado seria apenas a punição por corrupção, por força da regra da consunção.

De fato, embora não vislumbremos uma *ocultação* na conduta³⁴⁶, consideramos que o recebimento de propina através de doação eleitoral é um ato capaz, ao menos objetivamente, de

³⁴⁶ Também nesse sentido, cf. o voto do Min. Dias Toffoli no Inq. 4118/DF (BRASIL, 2018u, p. 57): “a doação eleitoral oficial, dados seu registro contábil na empresa doadora, sua publicidade e sua submissão direta aos órgãos de controle eleitoral, não se subsume no verbo “ocultar”, uma das ações nucleares do tipo penal da lavagem de dinheiro, que tem o sentido de esconder, de sonegar”.

aperfeiçoar a moldura penal da lavagem de dinheiro, na medida em que utiliza de um instrumento oficial para *dissimular* a proveniência criminosa dos recursos ali recebidos.

O recebimento da propina, no entanto, mesmo que visto como pertencente ao estágio de exaurimento do crime, integra ainda a própria conduta de corrupção passiva, o que de plano afasta qualquer possibilidade de um concurso material entre a lavagem e a corrupção. Assim, para quem não admite a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, a discussão encerra-se por aqui, por manifesta ausência de uma conduta de lavagem autônoma em relação àquela que realiza o delito produtor. Contudo, para aqueles que, como nós, admitem a possibilidade de um concurso formal, será preciso ainda analisar a ocorrência, ou não, da consunção. E mais: quando o delito produtor se tratar da corrupção passiva, também será necessário aferir, dada a identidade entre um dos elementos constitutivos das infrações em potencial concurso, a especial afetação aos bens jurídicos tutelados pela lavagem para que se possa reconhecer a caracterização (ou não) de um concurso efetivo entre tais crimes.

Assim, não vislumbramos a caracterização do concurso entre a lavagem e a corrupção passiva quando, solicitada a vantagem, ela é recebida em seu benefício através de doação eleitoral oficial para o partido a que pertence o agente público e, muito menos, na doação eleitoral oficial feita à própria campanha do autor da corrupção. Afinal, o recebimento *indireto* da vantagem indevida *para si* não nos parece implicar, no primeiro caso, em uma exorbitante lesão à administração da Justiça que já não possa ser apreciada e valorada no tipo de delito da corrupção. E, quanto ao segundo caso, em que a doação é feita ao próprio autor da corrupção passiva, sequer se poderá falar em um recebimento *indireto* da vantagem indevida e muito menos em uma lesão à administração da Justiça que o tipo da corrupção já não seja suficiente para censurar, porque não alcançado, aqui, um distanciamento significativo entre o crime de corrupção, seu autor e o produto criminoso por ele recebido.

Mais controvertido, porém, é o caso em que a doação eleitoral oficial é destinada a algum dos diretórios do partido a que pertence o autor da corrupção passiva ou mesmo a um Partido que esteja “coligado” ao seu. Nesses casos em que poderemos estar diante de um recebimento *para si indireto* ou *para outrem*, há um maior distanciamento entre o produto criminoso e o autor do delito que o originou, assim como um meio consideravelmente eficiente para se escamotear a proveniência criminosa dos valores. Mas, ainda assim, também não vislumbramos aqui uma ofensa de tal monta à administração da Justiça que o tipo da corrupção já não seja capaz de valorar.

É que, em se tratando de um recebimento *indireto* ou *para outrem*, nesses casos necessariamente haverá algum afastamento entre o produto criminoso e o autor do delito que o

originou, razão pela qual, a nosso sentir, ainda não estaremos aqui diante de uma situação que vá tão para além do que o tipo da corrupção está apto a censurar. E isso porque, desde que *efetivamente* utilizados na campanha eleitoral, o direcionamento de recursos para algum diretório do próprio partido (e até mesmo para algum que esteja a ele coligado) não representa, ainda, um distanciamento significativamente incomum ou extraordinário entre o produto criminoso, o delito produtor e o agente que o praticou.

Diferente é o caso, parece-nos, do agente político que, recebendo os valores ilícitos *através* de doação eleitoral, os emprega em atividades não relacionadas à disputa eleitoral, porque aí o recurso à doação, para além de dissimular a origem e propriedade ilícita do produto criminoso, representaria uma ofensa de extraordinária lesividade à administração da Justiça, na medida em que se utiliza uma via oficial exclusivamente para se mascarar a origem criminosa dos recursos recebidos³⁴⁷. Outrossim, o que vai exposto até aqui não impede que o autor do delito produtor venha a responder por lavagem se, após o recebimento da vantagem indevida, vier a praticar atos posteriores e autônomos de ocultação ou dissimulação do produto criminoso, caso em que, evidentemente, poderá responder em concurso material pela prática da corrupção passiva e da lavagem.

Por outro lado, e justamente porque não preparado para valorar a obtenção *indireta* da vantagem indevida, não vislumbramos no tipo do delito do tráfico de influência a capacidade para censurar, suficientemente, a obtenção *indireta* da vantagem indevida, *para uso próprio*, através de doação eleitoral oficial ao partido político a que pertence o agente. Assim, a dissimulação empregada parece-nos hábil a mascarar a propriedade dos recursos ilícitos, sem que o tipo do delito de tráfico de influência possa valorar adequadamente essa lesão causada à administração da Justiça. Nesse passo, e desde que satisfeita a tipicidade subjetiva da lavagem, vislumbramos possível o reconhecimento do concurso formal entre o tráfico de influência e a lavagem de dinheiro. Frisamos, porém, que, conquanto admitida por nós, a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor é contundentemente negada pelos Tribunais Superiores pátrios.

³⁴⁷ Nesse sentido é o posicionamento de Pierpaolo Bottini (2019): “o recebimento de propina por meio de doações eleitorais será também lavagem de dinheiro a depender do destino final daquele valor: caso seja efetivamente usado na eleição, tem-se apenas a corrupção. Caso seja desviado para outra finalidade e a doação eleitoral mostre-se apenas uma forma de esquentar sua origem ilegal, haverá lavagem de dinheiro”.

4.8.1.6. Lavagem através do dito “Caixa 3”

Devemos analisar, também, a possibilidade de caracterização da lavagem através do denominado “caixa 3”. Diz-se, usualmente, que o “caixa 3” se caracteriza quando uma pessoa física ou jurídica utiliza – dissimuladamente – uma interposta pessoa física ou jurídica para realizar uma doação eleitoral oficial a um candidato ou partido político de sua escolha. As possibilidades são muitas: uma empresa, credora de uma pessoa física ou jurídica, solicita a realização do pagamento que lhe é devido através de uma doação eleitoral oficial destinada a um determinado candidato ou partido político; ou através da contratação, superfaturada, de algum serviço prestado por uma determinada pessoa física ou jurídica que, por sua vez, repassa a quantia paga a maior em uma doação eleitoral para o candidato de escolha da empresa contratante. Surge, então, a pergunta: dá-se aqui uma lavagem de dinheiro? Não há espaço para nenhuma precipitação nessa resposta, até porque ela depende, necessariamente, do estabelecimento de algumas premissas.

Se os recursos doados pela empresa não constituírem – seja sob a perspectiva do doador, seja sob a perspectiva do donatário – um produto criminoso, então evidentemente não haverá qualquer lavagem de dinheiro, porque os valores recebidos através da doação não seriam “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Por outro lado, se tais valores forem provenientes de algum delito, parece-nos que em tese será possível a caracterização da lavagem, porque a sua transferência por meio de uma interposta pessoa (física ou jurídica) é hábil a dissimular a sua origem ilícita.

À configuração da lavagem, no entanto, é preciso analisar com muita cautela o elemento subjetivo dos envolvidos na operação, especialmente no que diz respeito à ciência quanto à proveniência criminoso dos recursos. Imaginemos um exemplo: uma empresa (“Sociedade A”) obtém um produto criminoso oriundo de um peculato e, depois, paga um valor superfaturado a uma determinada pessoa jurídica (“Sociedade B”) para que ela repasse, através de doação eleitoral oficial, uma parte da quantia paga a maior para um certo candidato. Se o administrador da pessoa jurídica diretamente responsável pela doação (“Sociedade B”), e também o candidato que a receber, desconhecem a proveniência ilícita dos valores objeto da doação, evidentemente não responderão por lavagem por ausência de tipicidade subjetiva.

Eles efetivamente terão contribuído para a ocorrência de um branqueamento, mas em erro quanto a um dos elementos constitutivos do tipo em questão: sem dolo, portanto. Por isso, e na medida em que não há previsão de lavagem na modalidade culposa, o erro de tipo aqui analisado conduzirá, por total ausência de tipicidade subjetiva, à irrelevância penal tanto da

conduta do candidato quanto daquela empreendida pelo administrador da pessoa jurídica que diretamente realizou a doação, nos exatos termos do art. 20 do Código Penal.

O responsável imediato pela doação poderá responder, quando muito, pela falsidade ideológica do documento fiscal relativo à venda superfaturada para a empresa beneficiária do peculato, e o candidato pela falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral - CE) consistente na omissão, na prestação de contas da campanha, quanto à identidade do verdadeiro doador. Mas nenhum deles responderá por lavagem, dado o desconhecimento quanto à natureza criminosa dos valores doados e recebidos, respectivamente. Poderia ser responsabilizado pela lavagem, então, apenas o agente da empresa beneficiária do peculato responsável pela operação aqui analisada.

Por outro lado, se o responsável pela empresa que diretamente realizou a doação (“Sociedade B”) e o candidato que a recebeu conhecerem a proveniência ilícita dos valores, pensamos que já não se poderá concluir pela atipicidade de suas condutas, uma vez que cientes da relevância de seus atos para o mascaramento da origem criminosa dos valores.

Em conclusão, consideramos que, ainda que utilizada na própria campanha, a doação eleitoral oficial realizada por interposta pessoa física ou jurídica é hábil a caracterizar, ao menos em tese e conforme o caso, também o delito de lavagem de dinheiro, porque pode representar um distanciamento significativamente incomum entre o produto criminoso, o delito produtor e o agente que o praticou, resultando em uma conduta de extraordinária lesividade à administração da Justiça. Contudo, só responderão pela lavagem os envolvidos que efetivamente atuaram com um dolo direto de lavagem.

4.8.1.7. O elemento subjetivo no concurso formal entre a lavagem e os crimes contra a administração pública

Esclarecido que, à luz da legislação vigente, admitimos um concurso formal entre a lavagem e os crimes contra a administração pública (notadamente a corrupção passiva e o tráfico de influência), não poderíamos deixar de lançar uma última palavra quanto à indispensável necessidade de comprovação, nesses casos, de um dolo direto em relação à lavagem (e não apenas um dolo eventual). Sem ele, não se caracterizará a lavagem, por manifesta ausência de tipicidade subjetiva. Já dissemos, nas linhas que se seguiram, que a comprovação desse elemento – cujo ônus compete à acusação – será difícil de ser realizada. Mas, evidentemente, trata-se de uma exigência que não pode ser relativizada, ainda mais

quando se pretende reconhecer um concurso de crimes que atribui tão gravosas consequências a um indivíduo.

E por falar em tipicidade subjetiva e nas consequências da caracterização do concurso formal, é bom de se frisar, também e uma vez mais, que se a admissão de um concurso formal que envolva a lavagem já é extremamente rara, o reconhecimento dos desígnios autônomos entre as infrações concorrentes deve se revestir de ainda maior excepcionalidade.

Nesse passo, mesmo que reconhecida a prática da corrupção passiva e da lavagem através de uma mesma conduta, e com dolos diretos e específicos em relação a cada uma das infrações, ainda assim não se poderá reconhecer de pronto um concurso formal impróprio. E isso porque o que se exige ao reconhecimento dos desígnios autônomos (e do concurso formal impróprio) não é a mera *diversidade* dos desígnios, mas sim a *efetiva autonomia* entre eles. Precisamente por isso, e conforme já demonstrado, a nossa jurisprudência admite inúmeros casos de concurso formal próprio entre crimes praticados com dolos diretos em relação a cada um deles.

Além do mais, reconhecido o concurso formal entre a lavagem e a corrupção passiva, parece-nos que haverá um claro e contundente indicativo da inexistência de desígnios autônomos naqueles casos em que presente, em relação à lavagem, apenas um dolo direto de segundo grau, porque em tais situações o autor aceita a prática da lavagem como uma consequência necessária à própria realização do delito produtor. Em outros termos: não vislumbramos os desígnios autônomos quando os meios *plausíveis* de efetivação do delito produtor envolverem, para *aquele* caso, a realização simultânea de um ato típico de lavagem e, ainda assim, o autor levar adiante a conduta. Afinal, nesses casos não há, por parte do agente, *deliberações significativamente distintas* no que toca à realização de cada um dos delitos, de modo que, se a lavagem for praticada como um evento necessário à própria realização do delito produtor, parece-nos clara a ausência de desígnios *autônomos*, dando lugar, quando muito, apenas a um concurso formal próprio.

Finalmente, parece-nos um grave equívoco reconhecer o concurso formal impróprio entre a corrupção e a lavagem apenas porque presente um dolo direto (seja de primeiro ou de segundo grau) voltado para cada um dos delitos em concurso. Fazê-lo, equivale a negar a própria possibilidade de um concurso formal próprio entre esses crimes. Pois, se à caracterização deles sempre se exigirá a presença de um dolo direto em relação a cada uma das infrações, e se a mera *diversidade* entre tais dolos for suficiente para se reconhecer a *autonomia* dos desígnios, então, de duas, uma: ou não se reconhecerá o dolo quanto à lavagem e se afastará o concurso de crimes, ou se reconhecerá a sua tipicidade subjetiva e, com ela, necessariamente

os desígnios autônomos e um concurso formal impróprio. É de se ter sempre em mente, portanto, que a existência de dolos voltados para cada um dos delitos revela apenas a *diversidade* entre os desígnios, mas jamais a *autonomia* deles.

4.8.1.8. Síntese conclusiva

De tudo quanto dito até aqui, e à guisa de conclusão, consideramos que, embora muitas vezes se tratem de *hard cases*, à luz da legislação vigente em tese, é possível o concurso material ou formal entre a lavagem e os crimes contra a administração pública, notadamente a corrupção passiva e o tráfico de influência.

Também entendemos que, por mais que o agente já tenha solicitado a vantagem indevida, o seu recebimento ou obtenção constituem atos que integram, ainda, a própria conduta consumativa dos delitos de corrupção passiva ou tráfico de influência, não se podendo falar aqui em meros atos de exaurimento e, muito menos, em possíveis condutas autônomas de lavagem de dinheiro. Portanto, caso se pretenda vislumbrar um ato típico de lavagem no próprio recebimento ou obtenção da vantagem indevida, essa possibilidade ficaria restrita a um concurso formal que, para além de inadmitido pelos nossos Tribunais Superiores, constitui, mesmo para nós, uma porta estreita por onde adentram apenas alguns poucos e excepcionalíssimos casos.

De todo modo, e especialmente no caso da corrupção passiva, não se pode perder de vista, que o tipo penal é capaz de valorar, em larga e relevantíssima medida, os atos de ocultação ou dissimulação que se amoldam à previsão de um recebimento *indireto* da vantagem indevida. Tudo a exigir, para além de uma contundente comprovação quanto ao elemento subjetivo da lavagem, também a demonstração, no caso concreto, de que o tipo da corrupção se mostra verdadeiramente incapaz para valorar toda a reprovabilidade do fato.

4.8.2. Atos de ocultação ou dissimulação praticados antes do surgimento do produto criminoso, mas com a expectativa de sua obtenção

Na análise do concurso de crimes entre a lavagem e o delito produtor, muito se discute a respeito dos casos em que os atos de ocultação ou dissimulação identificados como de lavagem ocorrem antes, porém, com a robusta expectativa de obtenção de um produto criminoso. Podemos citar, a título ilustrativo, o banqueiro que, ciente dos recursos que obterá a partir da prática de atos de gestão fraudulenta, desde já utiliza valores lícitos de igual monta

para adquirir dissimuladamente a propriedade de certos bens, com a posterior recomposição do caixa da instituição bancária quando da consumação do crime financeiro; ou o empresário que remete valores lícitos para uma *offshore* em nome de terceiro sabendo que irá adquirir, em breve, uma quantia similar resultante de um crime de usurpação de matéria-prima pertencente à União, a ser utilizada, por sua vez, no pagamento de despesas correntes da empresa.

Em todos esses casos, observa-se que o agente, antes mesmo de dar início ao delito produtor, mas ciente de que o praticará, desde já promove, sobre bens lícitos, atos de ocultação ou dissimulação que, se empreendidos sobre um produto criminoso, confeririam a ele uma aparência lícita. Ou seja: o agente efetivamente atua com a finalidade “lavar”, mas a sua conduta recai sobre bens lícitos e não sobre um produto criminoso que, quando originado, acaba por ser utilizado em atividades corriqueiras que não podem ser identificadas como de lavagem. E mais: os atos de ocultação ou dissimulação sobre os bens lícitos terminam por tornar desnecessária, na prática, a adoção de qualquer ato de lavagem posterior à prática do delito produtor e ao surgimento do produto criminoso.

E a questão que se coloca aqui, precisamente, é a de saber se é possível o concurso material entre a lavagem e o delito produtor nesses casos em que, como exposto, os atos de ocultação ou dissimulação identificados como de lavagem são praticados antes, porém, com a robusta expectativa de obtenção de um produto criminoso.

No plano jurisprudencial, não encontramos, nos Tribunais Superiores, nenhum acórdão analisando a controvérsia. No entanto, o caso foi tratado em um importante julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relativo ao denominado “*Mensalão Mineiro*”, onde os principais pontos da matéria nos parecem ter sido devidamente abordados. Na ocasião, discutia-se a caracterização dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro por parte de um Ex-Governador daquele Estado, acusado de ter desviado recursos públicos e de recebê-los mediante atos típicos de lavagem. Condenado em primeira instância, interpôs-se o recurso de apelação e, mantida a condenação com um voto absolutório, foram opostos os embargos infringentes.

Em relação à lavagem, constatou-se que os atos típicos de ocultação ou dissimulação teriam sido praticados em um momento *anterior* ao da prática do delito produtor (peculato), abrindo-se, assim, o debate quanto à possibilidade ou não de caracterização do branqueamento. Prevaleceu o voto do Relator, Des. Júlio César Lorens (BRASIL, 2018x, p. 53-56), que destacou:

Assim, antes mesmo da quantia ser desviada, mas já ciente de que seria, o embargante, em conluio com os demais agentes, realizou essa gama de operações financeiras a fim de “lavar” o valor proveniente do peculato praticado contra a COPASA.

[...]

In casu, os delitos de peculato se consumaram quando os valores que teoricamente se destinariam a patrocínio de eventos esportivos foram depositados na conta corrente da SMP&B Comunicação Ltda, tornando-se disponível aos agentes.

Ocorre que tudo fazia parte de um plano previamente arquitetado, sendo a operação de empréstimo realizada anteriormente a fim de que fosse dada aparência de licitude aos valores empregados na campanha eleitoral do embargante, inclusive com a realização de saques em espécie, quando, na realidade, já contavam com o valor que viria do peculato a ser praticado para pagamento.

No ponto, e embora vencido, o voto divergente do Des. Alexandre Victor de Carvalho (*ibidem*, 85-86) consignava a atipicidade dos pretensos delitos de lavagem porque:

Somente seria possível a configuração dos citados delitos se o crime pretérito, peculato-desvio, tivesse se consumado anteriormente, o que não se observa.

[...]

Ora, o que a denúncia enxerga como uma “manobra” para o branqueamento de capitais não passa da consumação do próprio delito de peculato-desvio.

Não há nos fatos descritos, portanto, qualquer crime de lavagem de dinheiro, seja por faltar a prática de crime antecedente ou por tratar da mera consumação do próprio peculato-desvio.

Os votos em comento bem elucidam as diferentes possibilidades de enfrentamento da matéria. Analisemos, então, a controvérsia.

Segundo entendemos, a caracterização da lavagem de dinheiro não exige que o delito produtor já tenha se consumado, bastando para tanto, que a sua execução tenha sido iniciada, ainda que simultaneamente aos atos de lavagem. Ocorre que, se é verdade que o tipo da lavagem não exige ao seu aperfeiçoamento a consumação do delito produtor, também é verdade que o tipo cuidou de delimitar o objeto material do branqueamento, exclusivamente, aos bens que sejam “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Assim, por mais que o agente tenha atuado com a efetiva expectativa de auferir um produto criminoso, pensamos que não se configurará a lavagem caso os atos de ocultação ou dissimulação tenham sido praticados antes de sua obtenção, porque o bem sobre o qual efetivamente recaiu a conduta não era “proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal”, tal como exigido pelo tipo, mas, sim, um recurso lícito, nem mesmo indiretamente proveniente de infração penal. Ou seja: até que tenha início a execução de um delito produtor e surja algum produto ilícito, não é possível atribuir nenhum caráter criminoso a qualquer ato de ocultação ou dissimulação.

Para se perceber a impropriedade de admitir a lavagem sobre um produto que não é criminoso, basta ver que, se o agente praticar os atos de ocultação ou dissimulação e, depois, acabar não realizando o almejado delito produtor, jamais se poderá dizer que ele cometeu atos

típicos de lavagem pela manifesta ausência de um correspondente delito produtor e, por conseguinte, de qualquer produto criminoso hábil a figurar como objeto material da lavagem. Tem-se, à vista disso, que nesse casos os atos de ocultação e dissimulação não se revestem, por si, de nenhum contorno criminoso e mesmo para quem admite a possibilidade de caracterização da lavagem sobre recursos lícitos aos tais atos de ocultação e dissimulação, só se poderia atribuir algum colorido criminoso em um momento posterior ao de sua prática: quando da realização do delito produtor e da obtenção de um produto ilícito.

Imaginemos um exemplo. Após solicitar uma vantagem indevida em razão do cargo, um funcionário público, com a robusta expectativa de receber tal vantagem, mas antes de sua obtenção, pratica atos de ocultação sobre recursos lícitos que lhe pertenciam. Depois, no entanto, o agente acaba por não receber a vantagem indevida solicitada. Nesse caso, parece-nos clara a impossibilidade de caracterização da lavagem: não pela ausência de uma infração penal dita antecedente (afinal, a corrupção se configurou, ainda que na modalidade *solicitar*), mas sim pela inexistência de um produto criminoso sobre o qual poderia – e deveria – recair a lavagem.

Quem ainda assim pretende vislumbrar a lavagem em tais situações deve ser capaz de responder a um importante questionamento: nesses casos, quando se dá a consumação da lavagem?

Em uma primeira resposta, poder-se-ia dizer que a lavagem se consumaria no exato instante em que são praticados os atos de ocultação ou dissimulação sobre os recursos lícitos, antes mesmo da realização do delito produtor. Mas, como já adiantado acima, esta nos parece ser uma resposta equivocada: afinal, se o agente não levar adiante a prática do delito produtor, não se poderá reconhecer a consumação de uma lavagem que, para além de realizada sobre recursos lícitos, sequer teria um correspondente delito produtor. O reconhecimento da consumação da lavagem fica a depender, portanto, da ocorrência de atos supervenientes (os realizadores do delito produtor), revelando de plano a impropriedade de se admitir a sua consumação já quando da prática dos atos de ocultação ou dissimulação sobre os bens lícitos, antes mesmo da realização do delito produtor e da obtenção de algum produto criminoso.

Já em uma segunda resposta, que nos exige uma maior cautela e reflexão, poder-se-ia considerar que a lavagem se consumaria não quando da prática dos atos de ocultação ou dissimulação sobre os recursos lícitos, mas sim no instante em que se obtivesse, a partir do delito produtor, o correspondente produto criminoso, tomando-se aqueles atos praticados sobre os bens lícitos apenas como atos executivos da lavagem, embora não consumativos da infração. Aos olhos desse entendimento, os atos de ocultação ou dissimulação praticados sobre os

recursos lícitos constituiriam o início da fase executiva da lavagem que, por sua vez, se consumaria quando da execução dos atos que levassem à obtenção do produto criminoso. A conduta típica de lavagem seria constituída, assim, tanto pelos atos empregados sobre os recursos lícitos quanto por aqueles realizados para a obtenção do produto criminoso, em um conjunto de atos executivos programados e orientados todos à realização da lavagem.

Analisemos o caso do banqueiro que, ciente dos recursos que obterá a partir da prática de atos de gestão fraudulenta, desde já utiliza valores lícitos de igual monta para adquirir dissimuladamente a propriedade de certos bens, com a posterior recomposição do caixa da instituição bancária quando da consumação do crime financeiro. À luz da compreensão aqui analisada, ter-se-ia uma lavagem que teria como ato executivo inicial a utilização dos valores lícitos para a aquisição dissimulada da propriedade de determinados bens, e que teria, como ato executivo consumativo, a recomposição do caixa da instituição bancária quando da consumação do crime financeiro, entendendo-se a dita “recomposição” de caixa como o próprio ato final de “dissimulação” da conduta de lavagem. Ou, no caso do julgado aqui explicitado (relativo ao denominado “*Mensalão Mineiro*”), ter-se-ia, na doação eleitoral oficial, o ato executivo inicial da lavagem e o recebimento do produto criminoso do peculato, o ato executivo que consumaria o branqueamento.

Não concordamos, porém, com essa segunda maneira de ver as coisas. É que, conforme entendemos, o tipo da lavagem impõe que os atos de ocultação ou dissimulação devem recair, necessariamente, sobre algum bem “proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal”. No entanto, quando se admite a caracterização de uma lavagem praticada antes da obtenção de algum produto criminoso, o que se tem é que os bens objeto da pretensa lavagem não são aqueles provenientes de uma infração penal, mas sim os resultantes de atividades lícitas. Vale dizer: não há absolutamente nenhuma mácula criminosa sobre os bens efetivamente ocultados ou dissimulados, razão pela qual sequer podemos considerar que tais bens foram “lavados”.

E, nos casos aqui analisados, por mais que o agente tenha se antecipado ao surgimento do produto criminoso e realizado atos de ocultação ou dissimulação sobre bens fungíveis lícitos, fato é que, quando da prática do delito produtor, o seu produto criminoso não surgirá com uma aparência lícita, mas sim ilícita, tanto que esse produto poderá ser objeto de novos (e, estes sim, verdadeiros) atos típicos de lavagem. E, se isso é verdade, então é porque a conduta anteriormente empreendida sobre os recursos lícitos não foi capaz de conferir ao produto criminoso nenhuma aparência lícita: e nem poderia, pois aquela conduta não recaiu sobre nenhum bem proveniente de infração penal. Ora, se para além daqueles bens lícitos, também o produto criminoso poderia ainda ser objeto de uma lavagem, ter-se-ia, ao final e ao cabo, que o

montante total passível de ser lavado seria inclusive maior do que o próprio produto criminoso originado a partir do correspondente delito produtor, revelando de pronto a consideração indevidamente alargada dos possíveis objetos materiais da lavagem.

Além do mais, ao se admitir que os atos de ocultação ou dissimulação praticados antes da obtenção de um produto criminoso constituem atos executivos – embora não consumativos – do delito de lavagem, ante a relevância penal de tais atos ter-se-á de admitir também que, caso não se venha a realizar o delito produtor por razões alheias à vontade do agente, os atos empreendidos sobre os bens lícitos serão puníveis a título de tentativa (art. 14, II, CP). No entanto, se o agente desistir de realizar o delito produtor, entrará em jogo a figura da desistência voluntária (art. 15, CP), não havendo, a nosso juízo, qualquer razão de punibilidade para os atos até então praticados.

De todo modo, se o ato executivo responsável por consumir a lavagem seria o mesmo praticado para a realização do delito produtor, então é de se reconhecer, ante a identidade parcial entre os atos executivos das duas infrações, a caracterização de um concurso formal entre elas. E diferente não poderia ser: pois, se os atos de ocultação ou dissimulação praticados sobre os recursos lícitos constituiriam apenas o início da fase executiva de uma lavagem, que somente se consumaria quando da execução dos atos que levassem à obtenção do produto criminoso, resulta evidente a identidade entre os atos consumativos da lavagem e ao menos alguns dos atos executivos do delito produtor, o que impõe o reconhecimento do concurso formal entre os delitos.

Assim, quem sustenta a relevância penal dos atos de ocultação ou dissimulação praticados antes, mas com a expectativa de obtenção de algum produto criminoso, vê-se diante de duas alternativas: ou reconhece a consumação da lavagem já quando da prática dos atos de ocultação ou dissimulação sobre os recursos lícitos, o que é manifestamente inapropriado (porque possível que sequer seja praticado o correspondente delito produtor); ou admite a consumação da lavagem apenas quando da prática dos atos que realizam a obtenção do produto criminoso, o que, por sua vez, impõe o reconhecimento de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, dada a parcial identidade entre os seus respectivos atos executivos.

Por isso mesmo, entendemos que, no caso do dito “*Mensalão Mineiro*”, os atos de ocultação e de dissimulação realizados em momento anterior ao da obtenção do produto criminoso não poderiam configurar, por si só, qualquer ato de lavagem, ainda que os agentes ali envolvidos tivessem atuado com a robusta expectativa de obtenção de algum produto criminoso. No entanto, em se pretendendo vislumbrar alguma relevância penal na referida conduta, isto só poderia acontecer caso as operações realizadas fossem tomadas como os atos

executivos iniciais da lavagem (e jamais como atos consumativos), que só alcançaria a sua consumação quando do recebimento do produto criminoso oriundo do peculato. Ou seja: o ato consumativo da lavagem seria o mesmo pelo qual se concretizaria o desvio caracterizador do peculato, impondo o reconhecimento de um concurso formal entre tais delitos.

Portanto, a admissão da relevância penal dos atos de ocultação ou dissimulação praticados antes, mas com a expectativa de obtenção de algum produto criminoso, vem acompanhada, necessariamente, do reconhecimento de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor. Afinal, não se pode aceitar a caracterização de um concurso material entre tais infrações quando se sabe, como já exposto, que a dita lavagem somente se encontraria consumada quando os atos executivos do delito produtor resultarem em algum proveito criminoso, revelando, a toda evidência, a identidade parcial entre as condutas executivas dos respectivos delitos. E não é demais lembrar, a essa altura, de todas as restrições que já fizemos à admissão de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor, e especialmente da consolidada jurisprudência de nossos Tribunais Superiores negando qualquer possibilidade de caracterização do referido concurso.

De tudo quanto exposto, consideramos que os atos de ocultação ou dissimulação praticados antes da efetiva obtenção do produto criminoso não caracterizam o delito de lavagem de dinheiro, na medida em que, mesmo em se tratando de bens fungíveis, o tipo restringiu o objeto material exclusivamente aos bens “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. E, ainda que se admita a relevância penal de tais atos, só se poderá reconhecer entre a lavagem e o delito produtor um concurso de natureza formal, e jamais material, porque os atos caracterizadores do delito produtor integrariam, também e ainda o conjunto dos atos necessários à realização da lavagem.

4.8.3. Do concurso entre a lavagem e os crimes tributários

A partir do momento em que, com a edição da Lei n. 12.683/12, passou-se a admitir que toda e qualquer infração penal poderia figurar como “antecedente” da lavagem, surgiu o questionamento quanto à possibilidade, ou não, de os crimes tributários se apresentarem como antecedentes do branqueamento de capitais. Analisemos, então, algumas das questões mais sensíveis no que diz respeito à possibilidade de caracterização do referido concurso, a começar por um questionamento essencial: os crimes tributários geram algum produto criminoso?

4.8.3.1. Os crimes tributários geram algum produto criminoso?

Quando se analisa a possibilidade de um concurso entre a lavagem e os crimes tributários, a primeira questão que se coloca é a de saber se estes últimos delitos são capazes, ou não, de gerar algum produto criminoso, isto é, se de um crime tributário é possível que se obtenha o objeto material da lavagem.

Conforme explicitado adiante, alguns autores sustentam que dos crimes tributários não resultaria um produto criminoso, razão pela qual tais delitos não poderiam figurar como antecedentes da lavagem. Diz-se, à luz desse entendimento, que o crime tributário não provoca um acréscimo ao patrimônio do sonegador e que o simples não pagamento do tributo devido não torna ilícito um recurso que, justamente porque obtido de maneira regular, era lícito³⁴⁸. Nesse sentido, Quintero Olivares (2006, p. 5, *apud* CORDERO, 2015, p. 505) defende que somente podem figurar como antecedentes da lavagem aqueles delitos que produzem algum incremento patrimonial, exigindo-se, a todos os possíveis delitos produtores, que com eles o agente obtenha algo que não possuía antes da infração³⁴⁹.

Partindo dessa ideia, Choclán Montalvo (2007, p. 163 *apud* CORDERO, 2015, p. 505-506) chega a dizer que não podem figurar como antecedentes da lavagem aquelas infrações de natureza omissiva, porque nelas não haveria uma causalidade entre a conduta omitida e o os bens que figuram no patrimônio do agente. Por este motivo, sustenta que, se o agente possui um recurso de origem lícita, não se poderia passar a considerá-lo proveniente de algum delito apenas porque omitida uma determinada ação (*ibidem*, p. 506).

É importante observar, a essa altura, que a concepção em comento já o foi expressamente albergada pelo Legislador brasileiro, que, quando da edição da Lei n. 9.613/98, não incluiu os crimes tributários no rol taxativo dos possíveis delitos antecedentes da lavagem. E o item 34 da Exposição de Motivos do Poder Executivo (BRASIL, 1998) – subscrita pelo então Ministro da Justiça – foi muito claro ao explicar as razões para tanto:

34. 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

³⁴⁸ Nesse sentido é o posicionamento de Eduardo Salomão Neto (2012), para quem “a sonegação fiscal não produz recursos. (...). Nessas condições, não pode haver lavagem do que não é produto de atividade criminosa.”

³⁴⁹ Também assim, cf. Silva (2001).

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.

No entanto, a extinção do rol taxativo dos crimes antecedentes fez ressurgir o debate em relação à possibilidade de os crimes tributários figurarem como antecedentes da lavagem. No plano jurisprudencial, a questão é pouco tratada em nossos Tribunais Superiores. Afinal, com os termos de pesquisa “produto e crime e tributário e lavagem”, encontramos apenas 03 (três) acórdãos no STF e 01 (um) no STJ, sendo que nenhum deles enfrentava o problema aqui discutido. Igualmente, com os termos de pesquisa “crime e tributário e antecedente e lavagem”, identificamos 04 (quatro) acórdãos no STF e 13 (treze) no STJ. E, de todos esses acórdãos, a discussão ora abordada somente foi enfrentada no STJ, no âmbito de 03 (três) julgados (BRASIL, 2018c, 2010b, 2010c), todos admitindo, ainda que, em tese, a possibilidade de um concurso entre a lavagem e os crimes tributários como possíveis delitos antecedentes.

E, a nosso sentir, a determinação legal de que toda e qualquer infração penal pode ensejar a lavagem está a indicar, claramente, a possibilidade de se admitir como antecedentes da lavagem não só os crimes tributários, mas inclusive aqueles delitos omissivos que não geram um acréscimo ao patrimônio do agente³⁵⁰. É o caso, por exemplo, do delito de apropriação indébita (art. 168, CP), assim como o de alguns crimes falimentares – vide art. 168, §1º, II; art. 171; art. 173; e art. 178, todos da Lei n. 11.101/2005 (CORDERO, 2015, p. 512). Em todos esses casos, inicialmente o agente possui os bens de maneira legítima, mas, depois, realiza uma conduta que torna ilícita a manutenção de tais bens em sua esfera patrimonial.

A título ilustrativo de como é desnecessária a ocorrência de um acréscimo patrimonial para que se possa caracterizar um possível delito produtor, basta imaginar o servidor público que, após financiar um imóvel junto a uma empreiteira, aceita praticar um ato de ofício em seu benefício, ao passo que esta empresa, como contrapartida, o isenta do pagamento das parcelas devidas pelo financiamento. A corrupção aqui tratada não causa um aumento ao patrimônio do servidor, mas a parcela do imóvel correspondente aos valores não pagos do financiamento transformou-se em ilícita, ainda que o imóvel tenha sido inicialmente obtido de maneira legítima.

³⁵⁰ Também assim, cf. Cordero (2015, p. 512). Para Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 117), “a origem dos recursos não impede sua transformação em ilícita por se relacionar posteriormente com um ato criminoso. É o que ocorre, em regra, em todas as hipóteses de *apropriação indébita*, onde o bem inicialmente ingressa no patrimônio de alguém de maneira lícita, e perde tal característica por um ato posterior. (...). Assim, os valores não pagos ou repassados ao fisco nos crimes tributários são produto do delito”.

Admitindo que bens obtidos pelo agente de maneira lícita possam se transformar, depois, em recursos ilícitos, Isidoro Blanco Cordero (*ibidem*, p. 512) sustenta que:

Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. También en las insolvencias púnicas los bienes están en el patrimonio del deudor, y no creo que ello impida considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. (...). Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiarse de ellos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo (o la receptación), por constituir el objeto del delito”.

Pelas mesmas razões, há de se reconhecer que, realizado o delito tributário, uma parcela do patrimônio do agente – conquanto de origem lícita – se transforma em ilícita³⁵¹. Assim, embora os valores devidos a título de tributo (e não pagos pelo agente) tenham ingressado de maneira legítima em sua esfera patrimonial, sobre eles se pratica uma conduta posterior (sonegação), que os transforma em recursos ilícitos³⁵². É certo que haverá, nesses casos, uma enorme dificuldade em se distinguir qual parcela do patrimônio do agente é ilícita e qual não. Mas essa dificuldade não impede o reconhecimento de que os delitos fiscais são capazes, sim, de gerar um produto criminoso³⁵³.

No caso dos delitos tributários e outros que não produzem um acréscimo ao patrimônio do agente, a causalidade há de ser aferida a partir de um juízo hipotético de eliminação, que se traduz no seguinte questionamento: suprimida a realização do delito, um determinado bem ou recurso continuaria a integrar a esfera patrimonial do agente³⁵⁴? Caso verificado que a prática do delito evitou a redução do patrimônio do autor, ter-se-á a transformação, em recursos ilícitos, da quantia não subtraída de seu patrimônio em função da realização delitiva, porque presente uma causalidade entre o delito e a manutenção patrimonial. Por outro lado, se constatado que o

³⁵¹ Em sentido contrário, Mariana Tosi (2016, p. 41) afirma que “só haverá objeto material de lavagem nos casos em que haja efetivo incremento patrimonial para o agente, fruto do delito fiscal. O mero não pagamento de tributos devidos que enseja a “manutenção” de um patrimônio licitamente obtido não nos parece apto a contaminar o patrimônio do sujeito”. Igualmente, cf. Turbiani (2014).

³⁵² Assim é a lição de Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 116-117): “a nosso ver, os crimes contra a ordem tributária, em geral, produzem resultado material, e por isso geram produto. (...). No caso dos crimes fiscais omissivos, parte do patrimônio do contribuinte transforma-se em ilícita, ainda que todos os bens tenham origem legítima. Trata-se de uma transformação qualitativa de parcela do patrimônio, que deixa sua natureza regular e passa a ostentar a mácula de produto de crime”.

³⁵³ Bem o apontam Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 512) e Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 117). Interessante apontar, ainda, que, o Tribunal Supremo da Espanha admitiu que a cota tributária sonogada pode caracterizar um possível objeto material da lavagem. (ESPANHA, 2012).

³⁵⁴ Assim se posiciona Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 510): “*existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva. (...). Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo*”.

delito realizado não afetou o patrimônio do agente, não se verá uma causalidade entre o delito e a manutenção de seu patrimônio, não se podendo considerar que a prática delitiva transformou em ilícita alguma quantia ou parcela do patrimônio do autor (CORDERO, 2015, p. 510-511).

E se admitimos que os delitos tributários que não causam um acréscimo ao patrimônio do agente são, de fato, capazes de gerar um produto criminoso, com ainda maior razão consideramos que haverá um produto criminoso no caso dos delitos fiscais praticados a partir de restituição tributária fraudulenta ou nos casos de substituição tributária, porque haverá, em ambas as situações, um inegável acréscimo ao patrimônio do agente³⁵⁵.

Também é digno de nota que, se o pretense delito tributário se limitar à sonegação de uma quantia insignificante, não se caracterizará o crime fiscal pela atipicidade material da conduta, e, assim, não surgirá um produto de caráter *criminoso*, o que afastará a própria existência de um possível objeto material da lavagem. Nesse passo, tomando o quanto disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, combinado com a Portaria 75/12 da AGU (BRASIL, 2012a), como o parâmetro para se aferir a insignificância nos crimes tributários, não se poderá reconhecer a prática da lavagem ali onde o delito fiscal produtor resultar na sonegação de um valor que não ultrapasse a quantia estabelecida em tal patamar (CALLEGARI; WEBER, 2017b, p. 119; TOSI, 2016, p. 108)³⁵⁶.

Dito isso, estamos em condições de concluir que os delitos tributários, assim como os delitos omissivos ou todos aqueles que não causam um acréscimo ao patrimônio do agente, podem figurar no rol dos possíveis delitos antecedentes da lavagem, porque capazes de gerar um produto criminoso.

4.8.3.2. Uma necessária consunção entre a lavagem e os crimes tributários?

Estabelecido que os crimes tributários podem figurar no rol dos possíveis delitos antecedentes da lavagem, devemos enfrentar, quando se analisa a possibilidade de um concurso entre a lavagem e os crimes tributários, uma outra pergunta: há uma necessária consunção entre a lavagem e os delitos fiscais?

³⁵⁵ Embora considere que, em regra, os crimes tributários não geram qualquer produto criminoso, é justamente nessas hipóteses que Mariana Tosi (2016, p. 41-42) aceita a criação de um produto criminoso a partir dos delitos fiscais.

³⁵⁶ Para Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 117), “se considerarmos o valor previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, ou aquele estabelecido em atos normativos próprios da administração como parâmetro de insignificância nos crimes tributários, a sonegação até essa quantia será atípica e a parcela sonegada não será objeto de lavagem de dinheiro”.

Parte da doutrina aponta que os crimes tributários apresentam em sua base algum ato de ocultação ou de dissimulação do fato gerador, abrindo a possibilidade de que, com a responsabilização pela lavagem, o agente acabe por ser duplamente punido pelo mesmo ato, em manifesta violação ao *non bis in idem*³⁵⁷. Discute-se, assim, se a lavagem de dinheiro já não estaria abarcada (isto é, consumida) pelos referidos crimes tributários.

Segundo entendemos, a consunção somente pode ser verificada caso a caso (ANDRADE, 2009, p. 311), à luz da situação concreta, e incidirá sempre que o desvalor do injusto e de culpabilidade de um determinado delito estiver abarcado no desvalor de uma outra infração (AISA, 2004, p. 179; HORTA, 2007, p. 148). E não nos parece fugir a essa regra o caso do concurso entre a lavagem e o delito tributário. Assim, se os pretensos atos típicos de lavagem forem distintos e autônomos em relação àqueles empregados para a realização do crime tributário, haverá, em regra, um concurso efetivo entre tais crimes, a não ser que incidente a consunção³⁵⁸, que só poderá ser apreciada à luz do caso concreto.

E assim será ainda que o delito fiscal também tenha sido praticado com algum ato de ocultação ou dissimulação³⁵⁹. É que, enquanto no crime tributário os atos de ocultação ou dissimulação em regra se destinam a encobrir o fato gerador, na lavagem, tais atos visam encobrir alguma das características do produto criminoso, inexistindo, em princípio, uma identidade, habitualidade ou uma necessária continuidade entre tais distintas condutas de ocultação e dissimulação. Por outro lado, se os ditos atos típicos de lavagem – embora distintos e autônomos em relação ao delito fiscal – representarem atos posteriores corriqueiros ou habituais à prática do crime tributário, haverá a incidência da consunção e, com ela, o afastamento do concurso com a lavagem.

E é precisamente esse o caso, nos parece, daquelas situações em que, praticado o delito fiscal, o agente se limita a utilizar a cota sonegada nas atividades financeiras cotidianas da empresa: não há aqui a caracterização da lavagem, nem mesmo nas modalidades previstas nos

³⁵⁷ A respeito da discussão, cf. Cordero (2015, p. 506). Nesses casos, Mariana Tumbiolo Tosi (2016, p. 46) afirma que “a semelhança desses tipos com o núcleo do delito de lavagem de dinheiro poderia ensejar, assim, uma dupla punição (bis in idem) pela mesma conduta”.

³⁵⁸ Também assim, cf. a lição de João Costa Andrade (2009, p. 321): “reiteramos a ideia segundo a qual, entre os crimes de branqueamento e o crime de fraude fiscal, enquanto *facto precedente*, dificilmente se configurarão situações concretas enquadráveis no âmbito do concurso “aparente” ou impróprio”. Em sentido contrário, Mariana Tosi (2016, p. 54) defende que, “na hipótese específica dos crimes tributários, a conduta de ocultação posterior configurará, na maior parte dos casos, um pós-fato coapenado”. A autora ressalva, no entanto, que, “por coerência à própria hipótese de consunção, entendemos que nem todo caso de lavagem de dinheiro será consumido pelo crime tributário praticado pelo mesmo autor” (*ibidem*, p. 67).

³⁵⁹ Para Mariana Tosi (2016, p. 66-67), no entanto, “os tipos penais tributários envolvem, na maior parte dos casos, a ocultação ou dissimulação de determinado fato gerador, seja renda, ganho de capital, faturamento, etc. Nesses casos, a “ocultação”, que também faz parte do núcleo tipológico da lavagem, é mero exaurimento da conduta anterior, consequência natural da prática do delito e, portanto, ato posterior coapenado”.

§1º, II³⁶⁰ e §2º, I³⁶¹, ambas do art. 1º da Lei n. 9.613/98, porque é absolutamente natural e habitual – para não dizer esperado – que o sonegador utilize os recursos obtidos através da sonegação em sua atividade econômica ou que ele ao menos movimente, transfira ou negocie com tais valores³⁶². Mas, fora desses casos, nos parece que serão raras as situações em que, realizado tanto o crime tributário quanto a lavagem de dinheiro, haverá a consunção desse último delito por aquele. Bem o aponta João Costa Andrade (2009, p. 311):

Consideradas as relações de concurso que poderão configurar-se entre o crime de branqueamento e, por exemplo, o crime de fraude fiscal, convirá sublinhar tratar-se de um problema que apenas poderá ser resolvido em concreto. Uma solução geral e abstracta é, pois, de afastar. De qualquer forma, pensamos que dificilmente não se afirmará a existência de um concurso efectivo entre ambas as incriminações. Não porque as acções são plúrimas e independentes, ou porque os bens jurídicos são diferentes. Simplesmente, por um lado, torna-se difícil cogitar casos em que exista a referida predominância de um sentido autónomo de ilicitude sobre um outro – do branqueamento sobre a fraude, por exemplo. A forma como o tipo legal de crime de branqueamento está construída não o parece admitir amplamente. Assim, deverá, em princípio, afirmar-se aquela pluralidade de sentidos autónomos dos ilícitos-típicos cometidos. Por outro lado, analisando o problema de forma rigorosa, não nos parece igualmente fácil afirmar uma qualquer relação de especialidade ou subsidiariedade entre o branqueamento e o facto precedente que o integra.

Devemos dizer, no entanto, que não raro as operações de defraudação tributária se realizam através de uma sucessão de fases e etapas, programadas, muitas vezes, não só para alcançar a sonegação tributária, mas também a própria – e simples – proteção (ou “blindagem”) do patrimônio sonegado, com vista a turbar uma eventual execução fiscal (*ibidem*, p. 292-293). E a diferença nos parece fundamental: uma coisa é dificultar a recuperação de um ativo através de sua disposição, não dissimulada, em nome de pessoas jurídicas pertencentes ao próprio sonegador ou no de seu cônjuge e pessoas físicas que, com ele, guardem um parentesco de

³⁶⁰ Cf: “Art. 1º. (...);

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;” (BRASIL, 1998a).

³⁶¹ Cf: “Art. 1º. (...);

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;” (*ibidem*).

³⁶² Na Espanha, onde a lavagem se perfaz com a mera posse do produto criminoso, a discussão quanto à admissibilidade de um concurso entre os crimes tributários e a lavagem ganhou contornos ainda mais críticos, pois aquele que sonega necessariamente *possuirá* o produto criminoso, de modo que a prática do crime tributário conduzirá, sempre, também à realização objetiva da lavagem. Nesse cenário, Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 535) defende que: “*La conducta de poseer bienes de origen delictivo debería desaparecer. Pero en caso de no ser así, dicha conducta debe quedar impune cuando quien la realiza es el propio defraudador fiscal, para evitar un posible bis in idem. Cuestión distintaa es que el defraudador realice actos dirigidos a ocultar o encobrir tales bienes, dotándoles de la apariencia de legalidade. En este caso serán claramente diferenciables tales actos estrictamente de blanqueo, de los del delito fiscal previo, y por lo tanto serán susceptibles de sanción penal por el delito de blanqueo*”.

primeiro grau (pais e filhos); outra coisa, muito distinta, é a transferência efetivamente dissimulada do ativo a tais pessoas para ocultar-lhe, assim, a real origem ou propriedade. Parece-nos que, nessas situações, haverá o aperfeiçoamento da lavagem apenas em relação a esse último caso. E a razão para tanto é uma só: a transferência não dissimulada do produto criminoso a tais pessoas não é hábil, por si só, a caracterizar a lavagem (porque também não há aí qualquer ocultação), podendo a conduta dar lugar, quando muito, apenas a uma fraude à execução.

A esse respeito, João Costa Andrade (2009, p. 292-293) aponta que:

É notória a “confusão” entre aquilo que constitui conduta integrante de um alegado esquema de fraude fiscal, que pressuporá na maioria dos casos o contacto das sociedades arguidas com regimes tributários de privilégio – e até mesmo *off-shores* –, e aquilo que são as condutas branqueadoras tipificadas pelo legislador. Na maioria dos casos é, enfim, patente a violação da legalidade criminal, materializada na desconsideração das específicas diferenças intercedentes entre condutas reconduzíveis à fraude fiscal e, num outro prisma, condutas que integram as modalidades de *placement*, *layering* e *integration*, próprias do crime de branqueamento. (...). O que quer significar que a mera circulação e colocação de capitais naqueles regimes referidos não constitui, *de per se*, uma conduta branqueadora, porque, muitas vezes, integra, ao invés, o próprio processo de desenvolvimento das operações planejadas e montadas.

Por outro lado, e embora nos pareça de ocorrência extremamente difícil, não descartamos que os atos realizadores do delito tributário possam, em tese, caracterizar também o delito de lavagem, isto é: não recusamos, *a priori*, a excepcionalíssima possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o crime tributário de natureza formal³⁶³. E falamos aqui e já em uma possibilidade excepcionalíssima porque, em regra, os delitos fiscais admitem a sua realização com o emprego de algum ato de ocultação ou dissimulação, com o que, também em regra, o tipo do crime tributário já estará preparado para valorar integralmente – e por si só – todo o desvalor da conduta praticada, ainda que essa também venha a preencher o tipo da lavagem. Assim, apenas em alguns casos de extraordinária lesividade é que se poderia vislumbrar a realização, através de uma só conduta, tanto do crime fiscal quanto da lavagem.

E mais: na medida em que os crimes tributários de natureza material só se consumam quando do lançamento definitivo do tributo, e que, conforme sustentado adiante, somente a partir daí é que se poderá considerar existente algum produto criminoso, nos parece verdadeiramente impossível que haja uma identidade – ainda que apenas parcial – entre os atos

³⁶³ Em sentido contrário, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 128) sustenta que “sempre que o ato de ocultação identificado como lavagem de dinheiro estiver contido pela sonegação, falta de declaração ou fraude já contida no tipo penal antecedente haverá a consunção, caracterizando-se um crime único e não um concurso de delitos”.

executivos da lavagem e aqueles do delito fiscal material, porque os atos típicos da lavagem só poderão ser praticados quando já encerrado o *iter criminis* do crime tributário. Afasta-se, assim, qualquer possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e os crimes fiscais de natureza material, remanescendo essa possibilidade – teórica – apenas em relação aos crimes tributários formais. De todo modo, devemos lembrar que, conquanto admitida por nós (unicamente por não vislumbrarmos impedimento legal), a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o delito produtor é expressamente rechaçada pelos nossos Tribunais Superiores nos termos com que já exposto em tópicos anteriores. Até entendemos, de nossa parte, que seria recomendável uma modificação legislativa que vedasse a possibilidade de um concurso formal entre a lavagem e o seu correspondente delito produtor, mas, à luz da legislação vigente, não nos parece possível inadmitir *a priori* a possibilidade de tal concurso exclusivamente pelo receio – fundado, diga-se – de eventuais violações ao *non bis in idem*.

De tudo quanto exposto, entendemos que não há uma necessária incidência da consunção quando se analisa o possível concurso entre os crimes tributários e a lavagem, devendo a sua incidência, assim como a eventual violação ao *non bis in idem*, ser aferida em concreto, caso a caso, conforme o delito fiscal se revele capaz (ou não) de abarcar todo o desvalor das condutas realizadas.

4.8.3.3. O momento da contaminação dos valores e a Súmula Vinculante n. 24³⁶⁴

Afastada a tese de que a consunção evitaria, sempre e necessariamente, o concurso efetivo entre a lavagem e os crimes tributários, resta saber então, a partir de qual momento o delito fiscal criará um produto criminoso (a cota tributária suprimida), isto é: a partir de quando se poderá admitir a existência de um produto criminoso oriundo de um crime tributário e, por consequência, o instante a partir do qual se poderá realizar a lavagem³⁶⁵. E, para tanto, é indispensável uma análise em relação à estrutura típica dos crimes tributários materiais³⁶⁶.

³⁶⁴ Confirma o teor da Súmula Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” (BRASIL, 2009b).

³⁶⁵ Entre outras razões, a questão é de difícil enfrentamento porque, em se tratando de crimes tributários, até a edição da Súmula Vinculante n. 24 não havia consenso nem mesmo quanto ao instante de consumação dos referidos delitos, o que acaba por turvar, também, a própria discussão quanto ao momento de contaminação dos valores sonegados.

³⁶⁶ Com a edição da Lei n. 8.137/90, passou-se a exigir, à configuração de uma significativa parcela dos crimes tributários, a ocorrência de um resultado lesivo consistente na supressão ou redução de um tributo. Modificou-se, assim, o tratamento até então dado à matéria no art. 1º, da Lei n. 4.729/65, que se contentava em descrever os crimes tributários de uma maneira formal, sem lhes exigir a produção de um resultado lesivo. Também nesse sentido, cf. Tosi (2016, p. 68).

Com a edição da Lei n. 8.137/90, determinou-se, em seu art. 1º, que “constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório” mediante as condutas descritas nos incisos ali albergados. E o elemento típico “tributo” diz respeito a um elemento normativo que, por definição, somente pode ser apreendido através de uma atitude valorativa (VARGAS, 1997, p. 199). E, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Precisamente por isso, no julgamento do HC 81.611/STF, a partir do qual a Suprema Corte firmou uma nova orientação jurisprudencial a respeito da justa causa para a ação penal em crimes tributários³⁶⁷, o Min. Cezar Peluso aduziu que, “sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível” (BRASIL, 2005a, p. 190). Por este motivo, concluiu o Ministro, “o tipo penal só estará plenamente integrado e perfeito à data em que surge, no mundo jurídico, tributo devido, ou obrigação tributária exigível. Antes disso, não está configurado o tipo penal” (*ibidem*, p. 193). É bem verdade que o Relator do caso, o Min. Sepúlveda Pertence, afastava a possibilidade de instauração da ação penal não pela ausência de tipicidade, mas sim por uma “incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação” (*ibidem*, p. 113) tributária, enxergando na decisão definitiva do processo administrativo uma condição objetiva de punibilidade (*ibidem*, p. 113-114). No entanto, e em que pese a diversidade de fundamentos (explicitada na própria ementa do julgado), formou-se ali uma maioria que compreendia faltar justa causa à instauração de ação penal enquanto não exaurida a discussão tributária na esfera administrativa, isto é, enquanto não lançado definitivamente o tributo³⁶⁸.

Ocorre que, alguns anos mais tarde, vendo-se o Supremo constantemente provocado a se manifestar em relação à matéria (ausência de justa causa para deflagração de ação penal por delito tributário de natureza material enquanto pendente a constituição definitiva do tributo), elaborou-se a Proposta de Súmula Vinculante 29, que, aprovada na sessão plenária de

³⁶⁷ No julgamento em referência, o STF adotou a compreensão de que, em relação aos crimes tributários de natureza material, não haveria justa causa para se instaurar a ação penal enquanto não exaurida a discussão tributária na esfera administrativa. (TAFFARELLO, 2011, p. 303).

³⁶⁸ Na ementa do HC 81.611/STF, constou-se que (BRASIL, 2005a, p. 84): “Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.”

02/12/2009, deu origem à Súmula Vinculante n. 24. E, a despeito da diversidade de fundamentos com que o Supremo vinha decidindo a questão³⁶⁹, fato é que, na redação sumular, adotou-se expressamente a tese de que a ausência de lançamento definitivo do tributo afastaria a própria tipicidade dos crimes tributários de natureza material, ali se constando que: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL, 2009b).

Por sua vez, o lançamento definitivo do tributo somente se verifica quando da constituição definitiva do crédito tributário, isto é, quando o lançamento não mais puder sofrer qualquer alteração, justamente porque exaurida a discussão tributária na esfera administrativa (COELHO, 2002). Bem o explica Sacha Calmon Navarro Coelho (*ibidem*):

A data da constituição definitiva do crédito tributário, devemos entendê-la como sendo aquela em que o lançamento tornou-se definitivo, insusceptível de modificação pelos órgãos incumbidos de fazê-lo.

Um lançamento é definitivo quando efetivado, quando não mais possa ser objeto de recurso por parte do sujeito passivo ou de revisão por parte da Administração. Isto pode ocorrer em pontos vários de tempo, dependendo das leis de cada ordem de governo e das vicissitudes do próprio processo de efetivação e revisão do ato jurídico do lançamento.

E a corroborar o entendimento aqui explicitado, basta ver o disposto no art. 174 do CTN à luz da Súmula 622/STJ. É que, enquanto o dispositivo legal determina que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”³⁷⁰, a redação sumular dispõe que o termo inicial da prescrição – ou seja, a data de constituição definitiva do crédito tributário – dá-se somente após o esaurimento da esfera administrativa e do prazo concedido para pagamento do tributo³⁷¹.

À vista disso, decidiu-se, com a edição da Súmula Vinculante n. 24, que os crimes tributários materiais somente se consumam quando do lançamento definitivo do tributo ou, em

³⁶⁹ Ora se entendia que a constituição definitiva do tributo constituía uma condição objetiva de punibilidade (BRASIL, 2004a, 2005b, 2006a), ora uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal (BRASIL, 2004b, 2006b) e também um elemento constitutivo do próprio tipo (BRASIL, 2005a). Por isso mesmo, Rogério Taffarello (2011, p. 332) apresenta uma contundente crítica quanto ao aqodamento na edição da Súmula Vinculante n. 24, na medida em que havia uma “situação de flagrante incerteza no tocante aos motivos determinantes (*ratio decidendi*) dos precedentes que subsidiaram o processo de edição da súmula – conquanto hajam todos reconhecido a carência de justa causa da persecução penal anterior ao lançamento do tributo –, contaminando-a indelevelmente. Nessa medida, o verbete aprovado ressentia-se de legitimidade formal”.

³⁷⁰ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

³⁷¹ Confira o teor da Súmula n. 622 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018j): “A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial.”

outras palavras, quando do exaurimento da discussão tributária na esfera administrativa³⁷². É certo, no entanto, que a definição do momento consumativo de uma infração não coincide, necessariamente, com o instante de criação de seu produto criminoso, porque, em tese, é possível que este surja em um estágio anterior ao da consumação delitiva³⁷³. Por isso, mantém-se ainda inalterada a pergunta inicialmente posta: afinal, quando surge um produto criminoso nos delitos tributários materiais?

E, em que pesem as considerações lançadas acima, nesse caso, a resposta nos parece passar, também, pela Súmula Vinculante n. 24. Afinal, concordemos ou não com seu teor, ela existe e irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico³⁷⁴. E o que se verifica, por trás da edição da Súmula, é que ela se fundamenta na compreensão de que não há resultado delitivo, isto é, não há produto criminoso até que haja o lançamento definitivo do tributo. Diz-se, na Suprema Corte, que “não há tributo sem que a autoridade administrativa, após o devido processo legal, constitua o crédito em termos definitivos” (BRASIL, 2018w); que “não se pode afirmar a existência, nem tampouco fixar o montante da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da decisão final administrativa” (BRASIL, 2011d, p. 4); e que, por isso mesmo, enquanto não exaurida a discussão tributária na esfera administrativa “estar-se-á diante de comportamento desvestido de tipicidade penal (RTJ 195/114), a evidenciar, portanto, a impossibilidade jurídica de se adotar, validamente, contra o (suposto) devedor, qualquer ato de persecução penal” (BRASIL, 2011d).

³⁷² O entendimento firmado, contudo, é alvo de críticas por parte de uma considerável parcela da doutrina nacional. Para Rogério Taffarello (2011, p. 326-327), “a consumação do crime material contra a ordem tributária, entendida como a realização do tipo penal em todos os seus elementos (CP, art. 14, I), aperfeiçoa-se na data do vencimento da obrigação tributária inadimplida ou adimplida a menor como resultado de ação ou omissão fraudulenta (e típica)”. Apesar disso, o autor ressalva que, “no plano da processabilidade, não se revela possível a instauração de ação penal antes da constituição definitiva do crédito tributário pela Administração (seja em virtude do esgotamento da via recursal administrativa, seja em face da preclusão temporal de eventual impugnação) porquanto ausente a prova da materialidade delitiva imprescindível à pretensão de movimentação da Justiça Criminal” (*ibidem*, p. 326-327). No mesmo sentido é o posicionamento de Mariana Tosi (2016, p. 83).

³⁷³ Bem o diz Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 105-106): “outro ponto digno de nota é a possibilidade da tentativa da infração anterior ser antecedente de lavagem de dinheiro. O art. 14, II, do CP não deixa dúvidas sobre o caráter criminoso da tentativa, a conferir adequação típica mediata a todos os crimes dolosos de execução interrompida por fatores alheios à vontade do agente. Dessa forma, se da tentativa provier produto de valor econômico, e este for mascarado por alguma das formas previstas na Lei de Lavagem, haverá materialidade típica.”

³⁷⁴ Assim determina o art. 2º, da Lei n. 11.417/06. Cf.: “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei” (BRASIL, 2006c)

Ora, se o produto criminoso de um delito fiscal é a quantia obtida através da supressão ou redução de um tributo (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 117; TOSI, 2016, p. 98)³⁷⁵, então só se poderá falar na existência de tal quantia, após o tributo ter sido efetivamente suprimido ou reduzido, o que, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, somente ocorre quando de seu lançamento definitivo. Assim, e ao menos à luz da redação sumular, não se poderia admitir a existência de um produto advindo da supressão ou redução de um tributo se nem mesmo há, ainda, qualquer tributo devido. Nos crimes tributários materiais, portanto, o surgimento do produto criminoso se dá apenas quando da consumação delitiva.

Precisamente por isso, na medida em que os atos típicos de lavagem devem recair sobre algum produto criminoso, então, em se tratando o delito antecedente de um crime material contra a ordem tributária, cujo produto criminoso surge apenas quando do lançamento definitivo do tributo, somente poderá se caracterizar a lavagem caso praticada após o encerramento da discussão tributária no âmbito administrativo³⁷⁶.

É nesse sentido a lição de Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 514), que considera surgir o produto criminoso oriundo de um crime tributário apenas quando se estiver diante de uma decisão definitiva em relação à quantia sonogada:

En principio, habrá que considerar que hasta que no exista una decisión definitiva sobre la existencia de la cuota defraudada no podrá considerarse que existen bienes susceptibles de ser blanqueados. (...). Imaginemos que el contribuyente interpone un recurso contra el acto de liquidación tributaria provisional, y solicita la suspensión de la ejecución (art. 233 LGT), con lo que se aplaza de nuevo temporalmente el vencimiento y, por lo tanto, la determinación de la cuota tributaria. Incluso agotada la vía económico-administrativa, puede el contribuyente recurrir ante los tribunales e lacto de liquidación realizado por la Administración tributaria, y volver a solicitar la suspensión de la ejecución. Si acepta la suspensión, se pospone la liquidación de la deuda tributaria. (...). Puede ocurrir que el contribuyente, durante el período en el que está suspendida la ejecución, realice transferencias de sus bienes. ¿Podría esto dar lugar a un delito de blanqueo de capitales? Caben dos posibles soluciones a esta cuestión: a) lo más acertado es entender que la cuota tributaria surge en el momento de la decisión judicial definitiva que procede al acto de liquidación de la deuda tributaria, por lo que todo acto previo se realiza sobre bienes no contaminados; b) si no se acepta esto, y se considera contaminada la cuota tributaria, el defraudador

³⁷⁵ Segundo Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 508), “la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que (...) está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria”.

³⁷⁶ Não ignoramos a contundente crítica no sentido de que, ao tomar o lançamento definitivo do tributo como o momento consumativo dos delitos tributários materiais, a Súmula Vinculante 24 teria acabado por postergar, inevitavelmente, o início da contagem do prazo prescricional de tais infrações — nesse sentido, cf. Taffarello (2011, p. 328-329). Mas se bem compreendemos as razões da crítica, também não devemos desconsiderar que, por outro lado, e também por força da redação sumular, não nos parece possível a deflagração de qualquer persecução penal por lavagem enquanto não realizado o evento nela descrito, isto é, enquanto não efetivado o lançamento definitivo do tributo. Também criticando os efeitos da Súmula Vinculante 24 sobre a prescrição, cf. Fischer (2017, p. 230).

puede alegar un posible error de tipo, por desconocimiento de un elemento típico, cual es el origen delictivo de los bienes.

Igualmente, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 118) afirma que:

Vale destacar que o crime tributário somente se considera consumado – segundo o STF – e, portanto, “sonogado”, quando do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante 24 do STF). Portanto, qualquer ato de ocultação ou dissimulação de recursos antes deste momento administrativo não caracteriza a lavagem de dinheiro, porque ocorre – segundo orientação do STF – antes da consumação do crime, antes que qualquer valor do patrimônio do contribuinte seja reconhecido como ilícito.

No plano jurisprudencial e nos termos com que já explicitado anteriormente, identificamos, nos Tribunais Superiores, apenas 03 (três) acórdãos que enfrentavam a questão relacionada à possibilidade de os crimes tributários figurarem como antecedentes da lavagem, todos do STJ. E, em um desses casos (HC 133.274/RJ), discutiu-se justamente a possibilidade de se deflagrar uma ação penal pelo crime de lavagem que tivesse como delito produtor um possível crime fiscal, cujo crédito tributário ainda não havia sido definitivamente constituído.

O relator do caso, Ministro Celso Limongi, e o Ministro Haroldo Rodrigues votaram pela denegação da ordem. No entanto, o Ministro Nilson Naves (BRASIL, 2010b) abriu a divergência e, ressaltando que “o lançamento definitivo é conditio *sine qua non* para a constituição do crédito tributário, de modo que, sem ele, não há que se falar em supressão de tributo”, aduziu que, em relação à lavagem, “o pano de fundo dos acontecimentos é o mesmo, a saber, a supressão, ou a omissão, de receitas”, e “que se não pode instaurar ação penal por lavagem sem se cuidar, também e expressamente, de outro crime”. Votou, assim, pela concessão integral da ordem para trancar a ação penal (*ibidem*, p. 15-18). Igualmente, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura (*ibidem*, p. 21-25) apontou que “a fraude que empolgaria o delito tributário ramificar-se-ia pelas demais imputações, principalmente, a de lavagem”, e que, por isso, “o caráter ilegítimo da operação financeira é justamente o espírito da infração penal fiscal”. Nesse passo, e ressaltando que “na hipótese de se constituir definitivamente o crédito tributário na esfera administrativa, deverá a marcha processual penal ser restabelecida”, a Ministra também concedeu a ordem, mas para suspender o andamento do feito até o deslinde do procedimento administrativo-fiscal (*ibidem*, p. 25). Por sua vez, ao denegar a ordem, o Min. Og Fernandes (*ibidem*, p. 28-32) aduziu que, para além da lavagem, também figuraria como delito produtor, no caso, a evasão de divisas e que, por esta razão, não se vislumbraria uma questão prejudicial que recomendasse o trancamento ou a suspensão do feito até o desfecho da apuração administrativa tributária. E assim postas as coisas, o julgado parece evidenciar que, se a lavagem tivesse como delito produtor exclusivamente um ilícito tributário ainda em apuração

na esfera administrativa, não haveria justa causa para o prosseguimento da ação em relação ao branqueamento.

De nossa parte, entendemos que, em relação aos crimes tributários materiais, não é possível admitir a existência de um produto criminoso enquanto não houver o lançamento definitivo do tributo, pois somente aí se verifica a contaminação dos recursos possuídos pelo agente. Por este motivo, não admitimos um concurso entre a lavagem e os crimes tributários de natureza material enquanto não exaurida a esfera administrativa³⁷⁷.

Aliás, e de acordo com a orientação do STF, se na pendência de recurso administrativo não se pode sequer instaurar uma investigação penal tendente a apurar um crime tributário material (BRASIL, 2011d)³⁷⁸, também não se poderá iniciar qualquer persecução penal por uma possível lavagem que tenha como delito produtor o ilícito tributário ainda discutido no âmbito administrativo³⁷⁹. E nem se diga, para legitimar a persecução pela lavagem, que na pendência de decisão definitiva da esfera administrativa haveria ao menos “indícios suficientes da existência da infração penal antecedente” (art. 2º, §1º, da Lei n. 9.613/98). Afinal, enquanto não exaurida a discussão na esfera administrativa, o que existirá, efetivamente, é uma certeza quanto à atipicidade da conduta e isso por força da própria Súmula Vinculante n. 24, que considera o comportamento verdadeiramente atípico até que ocorra o lançamento definitivo do tributo.

4.8.3.4. A possibilidade de descontaminação dos valores sonegados

No Brasil, a Lei 10.684/03 determina que, realizado o pagamento integral do débito tributário e de seus acessórios, o autor da sonegação fiscal terá extinta a sua punibilidade.

Confira-se:

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

³⁷⁷ Criticando a edição da Súmula Vinculante n. 24/STF, Douglas Fischer (2017, p. 255) aponta um “descompasso sistêmico” na exigência de esgotamento da esfera administrativa para que se possa dar início à persecução penal. Da forma com que postas as coisas, diz o autor (*ibidem*, p. 255), “se alguém praticar delito de sonegação fiscal no exterior (realizando a lavagem dos valores posteriormente no Brasil) não será necessário nem o julgamento do processo pelo crime antecedente no exterior, muito menos a ‘exigência’ de que se comprove o exaurimento da esfera administrativa (como condição de ‘existência’ ou presença de ‘indícios de sua existência’) para que se possa processar o responsável pelo ulterior delito de lavagem de capitais em território pátrio”.

³⁷⁸ Em observância à Súmula Vincula 24 do STF, a investigação por crimes tributários de natureza material somente é admitida caso o feito se destine a apurar, também, outros crimes. Cf. Brasil (2018n, 2018m, 2017º).

³⁷⁹ Nesse sentido apontam Heloisa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini (2012), para quem: “qualquer investigação ou processo por lavagem de dinheiro com crime fiscal como antecedente exigirá a constituição do crédito tributário. Sem esta, não há tipicidade. E, sem tipicidade, não há infração penal antecedente”.

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.

Abre-se, assim, a possibilidade de extinção da punibilidade do delito produtor e, com ela, o questionamento também em relação à possibilidade de se descaracterizar a própria lavagem, porque descontaminado o patrimônio do agente a partir do pagamento do débito tributário. E a resposta para tal pergunta nos parece passar, necessariamente, pela distinção quanto ao momento de realização dos atos típicos de lavagem: se antes ou depois da regularização fiscal e a consequente extinção de punibilidade do crime tributário antecedente.

Se os atos típicos de lavagem tiverem sido realizados em um momento anterior ao da extinção de punibilidade do crime tributário, o que se terá é que, em razão do princípio da acessoriedade da lavagem (art. 2º, § 1º da Lei nº 9.613/98³⁸⁰), a extinção da punibilidade do delito produtor não afastará a punibilidade da lavagem. Por isso, se os atos típicos de lavagem já tiverem sido efetivados quando do pagamento do tributo e da extinção de punibilidade do delito fiscal, não será possível afastar a caracterização ou a punibilidade da lavagem (TOSI, 2016, p. 98)³⁸¹.

Por outro lado, se o pagamento do débito tributário for realizado antes da ocorrência dos pretensos atos de lavagem, ver-se-á que o agente terá restituído o produto criminoso do delito fiscal ao Estado e, por este motivo, não será possível que ele pratique nenhum ato de lavagem, porque não mais existente qualquer produto criminoso hábil a ser lavado: houve, de fato, a descontaminação de seu patrimônio³⁸². Assim, e por absoluta ausência de um bem proveniente

³⁸⁰ “Art. 2º (...):

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.” (BRASIL, 1998a).

³⁸¹ Também assim aponta Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 525): “*De acuerdo con el principio de accesoriedad, inspirador del delito de blanqueo de capitales (art. 300 CP), es suficiente con la existencia de un hecho típico y antijurídico, con independencia de que concurra o no la culpabilidad o la punibilidad. La existencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal no impide mantener que se ha cometido un hecho típico y antijurídico, con lo que se cumple el requisito exigido por el tipo del blanqueo. (...). Y en esta línea, la prescripción del delito fiscal (cuyo plazo no coincide con el previsto en la legislación tributaria) no descontamina los bienes, que siguen siendo idóneos para el blanqueo de capitales por proceder de una actividad delictiva*”.

³⁸² Segundo Isidoro Blanco Cordero (2015, p. 527-528), “*si el defraudador consigue regularizar en plazo y pagar lo que debe, es evidente que quedará exento de responsabilidad criminal por el delito fiscal y, además, los bienes constitutivos de la cuota tributaria defraudada quedarán descontaminados porque se ha desprendido de ellos. En su patrimonio no existirán ya bienes contaminados*”. Em sentido contrário, cf. Aras (2012).

de infração penal, não se caracterizará a lavagem caso o agente realize atos de ocultação ou dissimulação após a quitação do débito tributário³⁸³.

Nesse passo, consideramos possível a descontaminação do patrimônio do agente caso realizado o pagamento integral do débito tributário e seus acessórios, porque desconstituído, nesse caso, o próprio possível objeto material da lavagem, uma vez que o produto criminoso do delito tributário deixará o patrimônio do agente. No entanto, entendemos que o pagamento em questão somente impedirá a caracterização da lavagem, caso seja realizado em um momento anterior ao da prática de qualquer ato típico de branqueamento.

4.8.3.5. Síntese conclusiva

De tudo quando exposto, consideramos que os crimes tributários são efetivamente capazes de gerar um produto criminoso e, por este motivo, podem figurar no rol dos possíveis delitos antecedentes à lavagem. Igualmente, não vislumbramos uma necessária consunção entre os delitos fiscais e a subsequente lavagem, porque raramente se poderá dizer que o desvalor do conteúdo de injusto da lavagem estará abarcado, também, no desvalor do crime tributário. Contudo, deve-se ter cautela para que os atos destinados – e limitados – a turbar uma eventual execução fiscal não sejam tomados como caracterizadores de uma lavagem.

Assim, e notadamente em razão do quanto determinado pela Súmula Vinculante n. 24, entendemos que o produto criminoso do delito fiscal surgirá apenas quando do lançamento definitivo do tributo e, a partir daí, será possível que este produto ilícito seja objeto material de atos típicos de lavagem. No entanto, o produto criminoso em questão deixará de existir se o responsável pela sonegação efetuar o pagamento integral do débito tributário e seus acessórios, de modo que o agente somente poderá responder por lavagem caso ela tenha sido realizada em um momento anterior ao da descontaminação de seu patrimônio.

³⁸³ Nesse sentido, Pierpaolo Bottini (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 117) sustenta que “a regularização da situação fiscal com efeitos de extinção de punibilidade retira o caráter ilícito dos bens em questão, afastando sua natureza de objeto material da lavagem de dinheiro”.

CAPÍTULO 5 – RESOLUÇÃO DOS CASOS APRESENTADOS

À vista de tudo quanto exposto até aqui, podemos apresentar, como respostas aos casos inicialmente expostos, as seguintes resoluções:

Caso 1: Após receber a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) através de uma corrupção passiva (art. 317 do CP), um funcionário público realiza 03 (três) sucessivos depósitos de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) na conta bancária de uma empresa fantasma registrada em nome de um terceiro, com um intervalo de 40 (quarenta) dias entre cada depósito, buscando assim ocultar a sua proveniência ilícita. Houve a prática de quantos crimes de lavagem de dinheiro? Resolução: Houve a prática de um único crime de lavagem de dinheiro. Embora tenham sido praticados 03 (três) atos típicos de lavagem, por si sós, realizadores do tipo em comento, esses atos encontram-se em uma unidade delitiva (unidade típica em sentido amplo), porque, para além de empreendidos em um mesmo contexto objetivo e subjetivo, recaíram sobre um mesmo produto criminoso, limitando-se, portanto, a intensificar a lesão causada a uma só pretensão estatal de confisco do produto do crime, sem inaugurar ofensas distintas e autônomas à administração da Justiça.

Caso 2: Após ter *solicitado* a um empresário o pagamento de uma certa vantagem indevida, o parlamentar federal responsável pela solicitação de tal vantagem a *recebe* através de uma doação eleitoral para o diretório de seu partido político (art. 317 do CP) e emprega os recursos recebidos na campanha eleitoral de seus correligionários. Tem-se aqui a caracterização de uma lavagem de dinheiro? Resolução: Não. O recebimento da vantagem, para si ou para outrem, e ainda que de modo *indireto*, é um dado que, em regra, já pode ser valorado pelo tipo de delito da corrupção passiva. Assim, somente em casos de extraordinária lesividade à administração da Justiça é que se poderia admitir que o tipo de delito da corrupção não seria capaz de valorar esgotantemente a ação. Não é o caso, parece-nos, do parlamentar que recebe a vantagem através de seu diretório partidário e que, de fato, a emprega na campanha eleitoral de seus correligionários, porque não há aí um exorbitante afastamento entre o produto criminoso, o delito produtor e o seu autor.

Caso 3: Ciente de que, em breve, praticaria um delito de gestão fraudulenta e de que obteria, a partir daí, uma determinada quantia ilícita, um banqueiro, com a intenção de ocultar a propriedade do produto criminoso que iria adquirir, remeteu valores lícitos do caixa da instituição financeira para uma *offshore* em nome de terceiro, com a posterior recomposição do caixa da instituição quando da consumação do crime financeiro. Esse banqueiro praticou o

crime de lavagem de dinheiro? Resolução: Não. Na medida em que os pretensos atos típicos de lavagem foram praticados quando o conjecturado delito produtor não havia produzido qualquer produto criminoso que pudesse ser um possível objeto material da lavagem, fica evidente que os pretensos atos típicos de lavagem não recaíram sobre qualquer produto criminoso, afastando a configuração do delito de lavagem de dinheiro.

Caso 4: Buscando reduzir um determinado tributo, um empresário presta declarações falsas às autoridades fazendárias e, antes da conclusão do procedimento tributário administrativo, transfere uma quantia correspondente àquela sonogada para a conta bancária de uma empresa fantasma em nome de terceiro, fazendo-o com a intenção de ocultar a proveniência dos recursos retirados de sua empresa. Reconhecida a ocorrência do delito tributário inscrito no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, esse empresário responderá também pela lavagem de dinheiro? Resolução: Não. Uma vez que, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, o crime tributário de natureza material só se vê consumado quando do lançamento definitivo do tributo, e que, antes desse evento, não se pode vislumbrar qualquer produto criminoso, vê-se que a conduta do empresário não recaiu sobre um produto infracional, afastando, portanto, a possível caracterização da lavagem.

CAPÍTULO 6 – CONCLUSÕES

As reflexões que atrás se deixaram nos levam a concluir que:

1) O concurso de normas penais em “sentido amplo” abarca tanto o concurso efetivo de normas penais (ou concurso de crimes) quanto o concurso aparente de normas, e é regido pelos princípios da íntegra valoração do fato e do *non bis in idem*, ambos fundados no princípio da proporcionalidade;

2) No Direito Penal brasileiro, adotou-se um modelo dualista que, em função da unidade ou pluralidade de condutas, atribui à concorrência delitiva – concurso material, formal e o crime continuado – consequências jurídicas distintas;

3) O “fato” corresponde ao próprio injusto penal. O “ato” (“ação em sentido natural”) diz respeito ao movimento único (ou unidade mínima da ação) e forma, isoladamente, ou em conjunto com outros atos, uma “ação”. A “ação”, por sua vez, é tida como um ato ou conjunto de atos que, à luz de um tipo, constitui uma unidade (típica) de sentido. Dá-se uma unidade típica de ação em sentido estrito, quando há uma única e simples realização do tipo penal ou nos casos em que o próprio tipo impõe a reunião de uma pluralidade de atos em uma unidade de ação; e tem-se uma unidade típica de ação em sentido amplo, quando os diversos atos

praticados, ultrapassando a simples realização do tipo, por si só, o concretizam (realização reiterada ou sucessiva do tipo);

4) Identificados os tipos penais efetivamente realizados no caso concreto, a aferição da unidade de conduta se dá pelo reconhecimento da identidade (total ou parcial) dos atos executivos que os realizaram. Diante de uma pluralidade de delitos omissivos, haverá unidade de omissão se os mandamentos infringidos somente pudessem ter sido observados através da realização de uma mesma e única conduta. Quanto aos crimes imprudentes, dar-se-á a unidade de ação quando se verificar a impossibilidade de retorno ao cumprimento do dever objetivo de cuidado violado após cada realização típica;

5) Dá-se o concurso aparente de normas quando, apesar de um fato jurídico-penal aparentemente se subsumir a uma pluralidade de normas penais, uma delas é suficiente para captar e esgotar o conteúdo de injusto da conduta. O concurso aparente de normas se distingue do concurso efetivo (ou concurso de crimes) porque, neste último – e ao contrário do que se dá com aquele –, nenhuma das normas em concurso expressa todo o conteúdo de injusto do comportamento;

6) A lavagem de dinheiro é a conduta destinada a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, direitos ou valores advindos de uma infração penal, com o intuito de os reinserir na economia formal com a aparência lícita. O delito em comento tutela a administração da Justiça no que diz respeito à pretensão estatal de perseguir e reaver o produto criminoso, mas, de maneira secundária, protege também a livre concorrência, uma das dimensões da ordem econômica;

7) Os atos objetivamente típicos de lavagem são aqueles que se realizam através de um instrumento ou meio capaz de consignar, registrar ou apresentar fatos juridicamente relevantes. Para além disso, a ocultação meramente física de alguma das características do produto criminoso (localização, movimentação, disposição) só realizará um ato objetivamente típico de lavagem se, adicionalmente a essa conduta, ou for apresentada alguma informação inverídica especificamente em relação a essa característica fisicamente ocultada ou, quando devida, for omitida uma informação idônea sobre ela;

8) A fim de se evitar a admissão de uma “lavagem de bagatela”, deve-se definir um valor mínimo do produto criminoso a partir do qual a ocultação ou dissimulação torna-se penalmente relevante, porque caracterizadora de uma lesão não desprezível ao bem jurídico protegido;

9) A realização de diversos atos típicos de lavagem caracterizará um único delito de lavagem se tais atos tiverem sido praticados em um mesmo contexto e recaírem sobre um

mesmo produto criminoso. Quando os diversos atos típicos de lavagem incidirem sobre produtos criminosos diversos, ou quando tais atos não tiverem sido praticados em um mesmo contexto, ter-se-á uma pluralidade de delitos de lavagem;

10) É punível a autolavagem, desde que o conteúdo de injusto da lavagem não esteja abarcado pelo desvalor jurídico-penal do delito produtor. Assim, a mera utilização, gozo ou movimentação do produto criminoso não podem ser tomados como atos efetivamente típicos de lavagem, porque absolutamente comum – para não dizer esperado – que o autor do delito produtor realize tais condutas. Igualmente, a lavagem não se caracteriza naqueles casos em que se limita a criar maiores embaraços a uma eventual execução sobre o produto criminoso;

11) Consideramos possível o concurso formal entre o delito produtor e a lavagem, mas desde que demonstrada a efetiva e especial necessidade, no caso concreto, de se recorrer a ambos os tipos para se alcançar o integral desvalor da ação. Contudo, a referida possibilidade é contundentemente afastada pelo STF e pelo STJ;

12) Em se tratando da corrupção passiva (art. 317, CP) ou do tráfico de influência (art. 332, CP), por mais que o agente já tenha solicitado a vantagem indevida, o seu recebimento ou obtenção constituem atos que integram, ainda, a própria conduta consumativa dessas infrações, não caracterizando meros atos de exaurimento e, muito menos, condutas autônomas. Em tais casos, portanto, não se poderá reconhecer um concurso material com a lavagem de dinheiro;

13) Os atos de ocultação ou dissimulação praticados antes da efetiva obtenção de algum produto criminoso não caracterizam o delito de lavagem de dinheiro, na medida em que, mesmo em se tratando de bens fungíveis, o tipo restringiu o objeto material exclusivamente aos bens “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”; e

14) Os crimes tributários são efetivamente capazes de gerar um produto criminoso e não há uma necessária consunção entre os delitos fiscais e a lavagem. Assim, os crimes tributários figuram no rol das possíveis infrações penais ditas antecedentes à lavagem, embora o seu produto criminoso só possa surgir quando do lançamento definitivo do tributo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AISA, Estrella Escuchuri. *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*. Granada: Comares, 2004.

ALBERO, Ramón García. “*Non Bis in Idem*” *material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs, 1995.

ANDRADE, João Costa. Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante na análise do crime de branqueamento. In: SILVA, L. N; BANDEIRA, G. S.M. (coord.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. *Boletim IBBCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro. Acesso em: 12 set. 2019.

ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infoleg, 1984. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#10>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. *Código Penal, Ley 26.683*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infoleg, 2011. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183497/norma.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Parte I e II. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Ramón Áceres, 2001.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BEZERRA, Ulysses Gomes. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 121-149, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, v. 3. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, I. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Falta definir com clareza o que é lavar dinheiro. *Poder 360*, 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniaof/justica/falta-definir-com-clareza-o-que-e-lavar-dinheiro-diz-pierpaolo-bottini/>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, 15/03/2004, 2004c, p. 1.

BRASIL. Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná. *Ação Penal*: 501340559.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Dj: Curitiba, 02/02/2017. Jfpr, 2017b. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50134055920164047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=2. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná. *Ação Penal*: 5054932-88.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Dj: Curitiba, 26/06/2017. Jfpr, 2017c. Disponível em:

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50549328820164047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=3.

Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná. *Ação Penal*: 503088380.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal: Sérgio Fernando Moro. Dj: Curitiba, 08/03/2017. Jfpr, 2017d. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50308838020164047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=2.

Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24/09/1997, pag. n. 21201.

BRASIL. Ministério da Economia. *Exposição de Motivos da Lei nº 9.613, de 1998*. Brasília, DF: ME, 1998a. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/expoicao-de-motivos-lei-9613.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. *Portaria n. 75, de 22 de março de 2012*. Brasília, DF: ME, 2012a. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria75>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991*. Brasília, DF: Casa Civil, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 5687 de 31 de janeiro de 2006*. Brasília, DF: Casa Civil, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Brasília, DF: Casa Civil, 2006c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em: 30 out. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*: 389861/MG. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Dj: 18/06/2014. Dje: Brasília, DF, 27/06/2014. JusBrasil, 2014a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25186558/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-389861-mg-2013-0305611-0-stj/relatorio-e-voto-25186560>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: 1.251.035/SE. Relator: Min. Rogério Schietti. Dj: 03/08/2017. Dje: Brasília, DF, 10/08/2017. Stj, 2017e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100966630&dt_publicacao=10/08/2017. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal 472/ES*. Relator: Min. Teori Zavascki. Dj: 01/06/2011. Dje: Brasília, DF, 08/09/2011. Stj, 2011a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15844800&num_registro=200300518676&data=20110908&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal 804/DF*. Relator: Min. Og Fernandes. Dj: 18/12/2018. Dje: Brasília, DF, 07/03/2018. Stj, 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89429075&num_registro=201500237939&data=20190307&tipo=2&formato=PDF. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal 856/DF*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Dj: 18/10/2017. Dje: Brasília, DF, 06/02/2018. Stj, 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643708&num_registro=201001847200&data=20180206&formato=PDF. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal 922/DF*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Dj: 05/06/2019. Dje: Brasília, DF, 12/06/2019. Stj, 2019a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95223055&num_registro=201502127204&data=20190612&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno do Agravo em Recurso Especial*: 1198334/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 27/11/2018. Dje: Brasília, DF, 10/12/2018. Stj, 2018c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1775567&num_registro=201702849875&data=20181210&formato=PDF. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*: 468460/MG. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 08/05/2014. Dje: Brasília, DF, 28/05/2014. Stj, 2014b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400248917&dt_publicacao=28/05/2014. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*: 33.721/DF. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Dj: 07/05/2013. Dje: Brasília, DF, 20/05/2013. Stj, 2013a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1231754&num_registro=201101932148&data=20130520&formato=PDF. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus*: 446.360/AC. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro. Dj: 21/06/2018. Dje: Brasília, DF, 02/08/2018. Stj, 2018d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800910604&dt_publicacao=02/08/2018. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: 1782251/GO. Relatora: Min. Laurita Vaz. Dj: 05/02/2019. Dje: Brasília, DF, 26/02/2019. Stj, 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803145501&dt_publicacao=26/02/2019. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: 1.396.144/DF. Relator: Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP). Dj: 23/10/2014. Informativo nº 0551, Período: 3 de dezembro de 2014. Stj, Brasília, DF, 2014c. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301796909&dt_publicacao=05/11/2014. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: 1.490.894/DF. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 10/02/2015. Dje: Brasília, DF, 23/02/2015. Stj, 2015a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382099&num_registro=201402802526&data=20150223&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial*: 1391929/RJ. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Dj: 14/03/2017. Dje: Brasília, DF, 22/03/2017. Stj, 2017f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1580381&num_registro=201302055028&data=20170322&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em recurso especial* 83.359/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Dj: 13/12/1999. Dje: Brasília, DF, 21/02/2000. Stj, 2000a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800673490&dt_publicacao=21-02-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 107.565/MS. Relator: Min. Jorge Mussi. Dj: 18/02/2010. Dje: Brasília, DF, 29/03/2010. Stj, 2010a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801183132&dt_publicacao=29/03/2010. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 109.832/DF. Relator: Min. Felix Fischer. Dj: 29/10/2009. Dje: Brasília, DF, 15/12/2009. JusBrasil, 2009a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8617740/habeas-corpus-hc-109832-df-2008-0142294-9-stj/relatorio-e-voto-13678660>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 133.274/RJ. Relator: Des. Celso Limongi (Desembargador convocado). Dj: 15/04/2010. Dje: Brasília, DF, 31/05/2010. Stj, 2010b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=904127&num_registro=200900650718&data=20100531&formato=PDF. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 137.628/RJ. Relator: Des. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado). Dj: 26/10/2010. Dje: Brasília, DF, 17/12/2010. Stj, 2010c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1016943&num_registro=200901035039&data=20101217&formato=PDF. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 144.771/MS. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 22/11/2011. Dje: Brasília, DF, 06/02/2012. Stj, 2012b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901583293&dt_publicacao=06/02/2012. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 162672/MG. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 28/05/2013. Dje: Brasília, DF, 06/06/2013. Stj, 2013b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=162672&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 165.582/SP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 28/05/2013. Dje: Brasília, DF, 06/06/2013. Stj, 2013c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1238393&num_registro=201000465460&data=20130606&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 168638/RS. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 21/02/2013. Dje: Brasília, DF, 01/03/2013. Stj, 2013d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000642690&dt_publicacao=01/03/2013. Acesso: 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 179.360/DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Dj: 24/04/2012. Dje: Brasília, DF, 03/05/2012. Stj, 2012c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=179360&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 18.321/RJ. Relator: Min. Felix Fischer. Dj: 27/11/2001. Dje: Brasília, DF, 25/02/2002. Stj, 2002a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101038200&dt_publicacao=25/02/2002. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 185.101/SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Dj: 07/04/2015. Dje: Brasília, DF, 16/4/2015. Stj, 2015b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001700005&dt_publicacao=16/04/2015. Acesso: 08 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 185.452/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Dj: 18/10/2010. Dje: Brasília, DF, 22/10/2010. Stj, 2010d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17035151/habeas-corpus-hc-185452>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 191.490/RJ. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 27/9/2012. Dje: Brasília, DF, 09/10/2012. JusBrasil, 2012d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22552378/habeas-corpus-hc-191490-rj-2010-0218528-8-stj/inteiro-teor-22552379?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 202.507/DF. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 24/10/2013. Dje: Brasília, DF, 04/11/2013. Stj, 2013e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1277108&num_registro=201100738946&data=20131104&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 204.316/RS. Relator: Ministro Og Fernandes. Dj: 06/09/2011. Dje: Brasília, DF, 19/09/2011. Stj, 2011b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100872978&dt_publicacao=19/09/2011. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 221.233/PR. Relator: Min. Jorge Mussi. Dj: 20/11/2012. Dje: Brasília, DF, 03/12/2012. Stj, 2012e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102422120&dt_publicacao=03/12/2012. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 240630/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Dj: 04/02/2014. Dje: Brasília, DF, 17/02/2014. Stj, 2014d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200849459&dt_publicacao=17/02/2014. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 255.526/PA. Relator: Min. Gurgel de Faria. Dj: 17/11/2015. Dje: Brasília, DF, 25/11/2015. Stj, 2015c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202048094&dt_publicacao=25/11/2015. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 275122/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 27/06/2014. Dje: Brasília, DF, 04/08/2014. JusBrasil, 2014e. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226399/habeas-corpus-hc-275122-sp-2013-0257969-5-stj/relatorio-e-voto-25226401?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 284.619/RS. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Dj: 13/12/2016. Dje: Brasília, DF, 19/12/2016. Stj, 2016a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=284619&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 29.522/MG. Relator: Min. Néfi Cordeiro. Dj: 18/09/2014. Dje: Brasília, DF, 03/10/2014. Stj, 2014f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301329740&dt_publicacao=03/10/2014. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 291.724/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 20/08/2015. Dje: Brasília, DF, 28/8/2015. Stj, 2015d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400716983&dt_publicacao=28/08/2015. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 316.587/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 14/04/2015. Dje: Brasília, DF, 23/04/2015. Stj, 2015e. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500326890&dt_publicacao=23/04/2015. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 319.513/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Dj: 07/04/2016. Dje: Brasília, DF, 20/04/2016. JusBrasil, 2016b. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340003820/habeas-corpus-hc-319513-sp-2015-0065840-7/inteiro-teor-340003830>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 353.706/SP. Ministro: Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 09/05/2017. Dje: Brasília, DF, 15/05/2017. JusBrasil, 2017g. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465610834/habeas-corpus-hc-353706-sp-2016-0098713-6/relatorio-e-voto-465610860?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 355.963/SP. Relator: Min. Felix Fischer. Dj: 02/05/2017. Dje: Brasília, DF, 11/05/2017. Stj, 2017h. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1597862&num_registro=201601217237&data=20170511&formato=PDF. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 375.108/RJ. Relator: Min. Félix Fischer. Dj: 28/03/2017. Dje: Brasília, DF, 03/04/2017. Stj, 2017i. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=375108&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 378.046/SP. Relator: Min. Joesl Ilan Paciornik. Dj: 02/02/2017. Dje: Brasília, DF, 10/02/2017. JusBrasil, 2017j. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433513912/habeas-corpus-hc-378046-sp-2016-0292859-6/inteiro-teor-433513922?ref=serp>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 378.718/PE. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 05/09/2018. Dje: Brasília, DF, 11/09/2018. JusBrasil, 2018e. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623913082/habeas-corpus-hc-459663-pe-2018-0176250-9>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 378.718/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 04/04/2017. Dje: Brasília, DF, 07/04/2017. Stj, 2017k. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623913082/habeas-corpus-hc-459663-pe-2018-0176250-9>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 381.617/RS. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Dj: 20/06/2017. Dje: Brasília, DF, 28/06/2017. Stj, 2017l. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603222169&dt_publicacao=28/06/2017. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 453.227/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Dj: 21/08/2018. Dje: Brasília, DF, 29/08/2018. Stj, 2018f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801339825&dt_publicacao=29/08/2018. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 456.539/RJ. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 16/10/2018. Dje: Brasília, DF, 26/10/2018. Stj, 2018g. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801580399&dt_publicacao=26/10/2018. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 465.432/PR. Relator: Min. Felix Fischer. Stj, Brasília, DF, 2018h. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201802132387&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: 479.461/MG. Relatora: Min. Laurita Vaz. Dj: 06/08/2019. Dje: Brasília, DF, 19/08/2019. Stj, 2019c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1846317&num_registro=201803059768&data=20190819&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus*: 038675/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. Dj: 25/03/2014. Dje: Brasília, DF, 02/04/2014. Stj, 2014g. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1>

[307226&num_registro=201301852394&data=20140402&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1307226&num_registro=201301852394&data=20140402&formato=PDF). Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus*: 024125/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Dj: 01/12/2011. Dje: Brasília, DF, 01/02/2012. Stj, 2012f. Disponível:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1110815&num_registro=200801564310&data=20120201&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.222.580/PR*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 20/03/2014. Dje: Brasília, DF, 10/04/2014. Stj, 2014h. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33652532&num_registro=201002162645&data=20140410&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.234.097/PR*. Relator: Min. Gilson Dipp. Dj: 03/11/2011. Dje: Brasília, DF, 17/11/2011. Stj, 2011c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17332553&num_registro=201100060455&data=20111117&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: 1.524.450/RJ. Relator: Nefri Cordeiro. Dj: 14/10/2015. Dje: Brasília, DF, 29/10/2015. JusBrasil, 2015f. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250064271/recurso-especial-resp-1524450-rj-2015-0073105-7/inteiro-teor-250064279>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: 1624580/GO. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Decisão Monorática. Dj: 24/02/2017. Dje: Brasília, DF, 15/03/2017. Stj, 2017m. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=69874125&num_registro=201602345537&data=20170315&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: 1745410/SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Dj: 02/10/2018. Dje: Brasília, DF, 23/10/2018. Stj, 2018i. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747727&num_registro=201700073714&data=20181023&formato=PDF. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: 749.240/RS. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dj: 03/11/2009. Dje: Brasília, DF, 22/02/2010. Stj, 2010e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500765100&dt_publicacao=22/02/2010. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*: 93.906/PA. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Dj: 21/03/2019. Dje: Brasília, DF, 26/03/2019. Stj, 2019d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1805343&num_registro=201800091200&data=20190326&formato=PDF. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*: 37.776/RJ. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Dj: 29/08/2013. Dje: Brasília, DF, 23/09/2013. Stj, 2013f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1259494&num_registro=201301465984&data=20130923&formato=PDF. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Corte Especial. Dj: 28/06/1990. Dje: Brasília, DF, 03/07/1990. Stj, 1990a. p. 6478, RSTJ vol. 16 p. 157, RT vol. 661 p. 172.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 582: Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. Terceira Seção. Dj: 14/09/2016. Dje: Brasília, DF, 19/09/2016. Stj, 2016c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 622: A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial. Primeira Seção. Dj: 12/12/2018. Dje: Brasília, DF, 17/12/2018. Stj, 2018j.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.17*: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. Terceira Seção. Dj: 20/11/1990. Dje: Brasília, DF, 28/11/1990, p. 13963. Stj, 1990b.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*: 80816/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Dj: Brasília, DF, 10/04/2001. Dje: Brasília, DF, 18/06/2001. Stj, 2001a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102742>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 694/MT*. Relatora: Min. Rosa Weber. Dj: 02/05/2017. Dje: Brasília, DF, 31/08/2017. Stf, 2017n. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*: 4650/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Dj: 17/09/2015. Dje: Brasília, DF, 24/02/2016. Stf, 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470/MG*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Dj: 17/12/2012. Dje: Brasília, DF, 22/04/2013. Stf, 2013g. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 644/MT*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dj: 27/02/2018. Dje: Brasília, DF, 16/03/2018. Stf, 2018k. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14513883>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 996/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: **29/05/2018**. Dje: Brasília, DF, **08/02/2019**. Stf, **2019e**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal: 1003/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Dj: 19/06/2018. Dje: Brasília, DF, 06/12/2018. Stf, 2018l. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311313362&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação: 24.424/MT*. Relator: Min. Roberto Barroso. Dj: 20/04/2018. Dje: Brasília, DF, 04/05/2018. Stf, 2018m. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14759024>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação: 24.768/SP*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Dj: 21/08/2017. Dje: Brasília, DF, 1º/09/2017. Stf, 2017o. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501612>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Décimos sextos embargos infringentes na ação penal 470*. Relator: Min. Luiz Fux. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Dj: 13/03/2014. Dje: Brasília, DF, 21/08/2014. Stf, 2014i. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556315>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Habeas Corpus: 139.151/SP*. Relatora: Min. Rosa Weber. Dj: 05/10/2018. Dje: Brasília, DF, 24/10/2018. Stf, 2018n. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748491149>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus: 92.279/RN*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Dj: 24/06/2008. Dje: Brasília, DF, 19/09/2008. Stf, 2008a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548603>. Acesso em: 14 ago.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 102.477/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dj: 28/06/2011. Dje: Brasília, DF, 10/08/2011. Stf, 2011d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625526>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 107.636/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Dj: 06/03/2012. Dje: Brasília, DF, 21/03/2012. JusBrasil, 2012g. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1833848>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 118067/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Dj: 25/03/2014. Dje: Brasília, DF, 10/04/2014. Stf, 2014j. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5634647>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 130453/MT. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: 08/08/2017. Dje: Brasília, DF, 23/08/2017. Stf, 2017p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413535>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 73.219/SP. Relator: Min. Maurício Correa. Dj: 23/02/1996. Dje: Brasília, DF, 26/04/1996. Stf, 1996a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74334>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 73548/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Dj: 12/03/1996. Dje: Brasília, DF, 17/05/1996. Stf, 1996b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74579>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 81.611/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Dj: 10/12/2003. Dje: Brasília, DF, 13/05/2005. Stf, 2005a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 84.092/CE. Relator: Min. Celso de Mello. Dj: 22/06/2004. Dje: Brasília, DF, 03/12/2004. Stf, 2004a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384903>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 84.457/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Dj: 08/03/2005. Dje: Brasília, DF, 29/04/2005. Stf, 2005b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79622>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 85.038/SP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Dj: 19/04/2005. Dje: Brasília, DF, 03/03/2006. Stf, 2006a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358625>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 85.949/MS. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Dj: 22/08/2006. Dje: Brasília, DF, 06/11/2006. Stf, 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390006>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: 97.057/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dj: 05/10/2010. Dje: Brasília, DF, 05/11/2010. Stf, 2010f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613888>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 2.471/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dj: 29/09/2011. Dje: Brasília, DF, 01/03/2012. Stf, 2012h. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1783054>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.982/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: 07/03/2017. Dje: Brasília, DF, 05/06/2017. Stf, 2017p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12997368>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3508/PR*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Dj: 20/02/2018. Dje: Brasília, DF, 21/09/2018. Stf, 2018o. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748257379>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3994/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Dj: 18/12/2017. Dje: Brasília, DF, 06/04/2018. Stf, 2018p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4112/DF*. Relator: Edson Fachin. Dj: 22/08/2017. Dje: Brasília, DF, 10/11/2017. Stf, 2017q. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14018843>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4216/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: 10/10/2017. Dje: Brasília, DF, 20/02/2018. Stf, 2018q. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14344167>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4259/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Dj: 18/12/2017. Dje: Brasília, DF, 07/03/2018. Stf, 2018r. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452622>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito: 3980/DF*. Relator: Edson Fachin. Dj: 06/03/2018. Dje: Brasília, DF, 08/06/2018. Stf, 2018s. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14968748>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito: 3982/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: 07/03/2017. Dje: Brasília, DF, 05/06/2017. Stf, 2017r. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12997368>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito: 4011/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dj: 12/06/2018. Dje: Brasília, DF, 19/12/2018. Stf, 2018t. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748905808>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito*: 4118/DF. Relator: Edson Fachin. Dj: 08/05/2018. Dje: Brasília, DF, 05/09/2018. Stf, 2018u. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748141031>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito*: 4141/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Dj: 12/12/2017. Dje: Brasília, DF, 23/02/2018. Stf, 2018v. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14366121>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito*: 4347/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Dj: 27/03/2018. Dje: Brasília, DF, 28/03/2019. Stf, 2019f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749467226>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação*: 31.194/RS. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão Monocrática. Dj: 29/11/2018. Dje: Brasília, DF, 03/12/2018. Stf, 2018w. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=257&dataPublicacaoDj=03/12/2018&incidente=5509111&codCapitulo=6&numMateria=184&codMateria=2>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação*: 10.644/MT. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. Dj: 14/04/2011. Dje: Brasília, DF, 19/04/2011. Stf, 2011d. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=74&dataPublicacaoDj=19/04/2011&incidente=3950728&codCapitulo=6&numMateria=54&codMateria=2>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus*: 82.390/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Relator do acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Dj: 11/05/2004. Dje: Brasília, DF, 15/10/2004. Stf, 2004b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102852>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal 470/MG*. Relator: Min. Luiz Fux. Dj: 13/03/2014. Dje: Brasília, DF, 21/08/2014. Stf, 2014k. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556191>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos êles. Sessão Plenária de 13/12/1963. *Stf*, Brasília, DF, 1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 605: Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida. Sessão Plenária de 17/10/1984. *Stj*, Brasília, DF, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 24*: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Sessão Plenária. Dj: 02/12/2009. Dje: Brasília, DF, 11/12/2009. Stf, 2009b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos Infringentes e de Nulidade: 1.0024.14.237823-1/003. Relator: Des. Júlio César Lorens. Dj: 24/04/2018. Dje: Brasília, DF, 26/04/2018. Tjmg, 2018x. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=100241423782310032018442576>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal*: 501340559.2016.4.04.7000/PR. Relator: Des. Fed. João Pedro Gebran Neto. Relator do acórdão: Des. Fed. Leandro Paulsen. Dj: 07/11/2017. Dje: Brasília, DF, 13/11/2017. Trf4, 2017s. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50134055920164047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=2. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação*: 0009782-82.2014.4.01.3813. Relator: Néviton Guedes. Dj: 22/01/2019. Dje: Brasília, DF, 05/02/2019.

Trf1, 2019g. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00097828220144013813>. Acesso em: 02 abr. 2019.

CAEIRO, Pedro. A consunção do branqueamento pelo facto precedente. In: ANDRADE, Manuel da Costa (orgs.) et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra editora: Coimbra, 2010. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2010%20A%20consun%c3%a7%c3%a3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa (orgs.) et al. *Separata de liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2003%20A%20Decis%c3%a3o-quadro%20sobre%20o%20branqueamento%20de%20capitais.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro. *Conjur*, 2017a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 05 mai. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017b.

CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes: aspectos objetivos. In: CARLI, C. V. (coord.); MENDONÇA, A. B. et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O lançamento e o crédito tributário: modalidades, prescrição e decadência. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais*, [s. l.], n. 41, 2002. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1238/1171>. Acesso em: 19 set. 2019.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal: parte general*. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CONJUR. Sentença Ação Penal: 5022179-78.2016.4.04.7000/PR. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-gim-argello.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Prólogo por José Luis de la Cuesta Arzamendi. Navarra: Arazandi, 2015.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em Direito Criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo sancionador: non bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, v.1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. rev., atual. e ampl., com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. 1995b. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las cortes y Memoria Democrática. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, n. 281, 24 nov. 1995a. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 08 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional Español. *Sentença 2/1981 de 30 de janeiro*. Boletín Oficial del Estado, n. 47, 24 fev. 1981. Disponível em: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2#complete_resolucion&completa. Acesso: 02 fev. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo, Gabinete Técnico, Sala Segunda. *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda., adoptado em su reunión del día 18/07/2006*. Poder Judicial

España, 18 jul. 2006a. Disponível em: [file:///C:/Users/PMSP%20-%20V%C3%ADdeo/Downloads/18-07-06%20ACUERDOS%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PMSP%20-%20V%C3%ADdeo/Downloads/18-07-06%20ACUERDOS%20(1).pdf) . Acesso em: 11 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Apelación procedimiento abreviado, n. de resolución 642/2018*. Roj: 4199/2018. Relator: Pablo Llarena Conde. Data de julgamento: 13/12/2018. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2018. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/71ded05c2ae4c7cb/20181221> . Acesso em: 15 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Apelación procedimiento abreviado, n. de resolución 149/2017*. Roj: 847/2017. Relator: Julian Artemio Sanchez Melgar. Data de julgamento: 09/03/2017. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2017a. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/438208a3d524bcff/20170317> . Acesso em: 13 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Apelación procedimiento abreviado, n. de resolución 974/2012*. Roj: 8701/2012. Relator: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre. Data de julgamento: 05/12/2012. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2012. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/71ded05c2ae4c7cb/20181221> . Acesso em: 15 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Centro de Documentación Judicial*. [s.l.]:[s.n.], 2019a. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#> . Acesso em: 08 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Procedimiento sumario, n. de Resolución: 265/2015*. Roj: 1925/2015. Relator: Candido Cande-Pumpido Touron. Data de julgamento: 29/04/2015. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2015a. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/54608488d4d5b166/20150521> . Acesso em: 10 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Procedimiento Sumario, n. de resolución 550/2006*. Roj: 6181/2006. Relator: Siro Francisco Garcia Perez. Data de julgamento: 24/05/2006. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006b. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c3309aca9b46e62b/20061109> . Acesso em: 10 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación, n. de resolución 575/2003*. Roj: 2641/2003. Relator: Jose Ramon Soriano Soriano. Data de julgamento: 14/04/2003. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4df8ed6ae450c357/20030626>. Acesso em: 08 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 809/2014*. Roj: 5075/2014. Relator: Andres Palomo Del Arco. Data de julgamento: 26/11/2014. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2014. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/32c8fc9e16ffdd57/20141222>. Acesso em: 15 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 30/2019*. Roj: 225/2019. Relator: Vicente Magro Servet. Data de julgamento: 29/01/2019. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2019b. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/a6c2b32c8679e4df/20190208>. Acesso em: 12 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 108/2019*. Roj: 736/2019. Relatora: Carmen Lamela Diaz. Data de julgamento: 05/03/2019. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2019c. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8d924d20311cf61e/20190315>. Acesso em: 11 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 362/2017*. Roj: 2019/2017. Relator: Miguel Colmenero Menendez de Luarca. Data de julgamento: 19/05/2017. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2017b. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f067f579f2b162d8/20170601>. Acesso em: 10 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 366/2019*. Roj: 2586/2019. 2019d. Relator: Vicente Magro Servet. Data de julgamento: 17/07/2019. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2012. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fa9783c5dd9b42f/20190729>. Acesso em: 09 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 583/2017*. Roj: 3210/2017. Relator: Antonio del Moral Garcia. Data de julgamento: 19/07/2017. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2017c. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6fd0dc4e8455eb1c/20170913>. Acesso em: 09 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Recurso de casación, n. de resolución 693/2015*. Roj: 4704/2015. Relator: Candido Conde-Pumpido Touron. Data de julgamento: 12/11/2015. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2015b. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b7eae950befee20c/20151125>. Acesso em: 13 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia, n. de resolución 959/2007*. Roj: 7663/2007. Relator: Joaquin Delgado Garcia. Data de julgamento: 23/11/2007. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c3309aca9b46e62b/20061109>. Acesso em: 10 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legal Information Institute. *18 U.S. Code § 1956. Laundering of monetary instruments*. Cornell Law School, 1986a. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legal Information Institute. *18 U.S. Code § 1957. Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*. Cornell Law School, 1986b. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1957>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Opinions of the Court*. Washington, DC, 2019. Disponível em: www.supremecourtus.gov. Acesso em: 10 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Regalado Cuellar v. United States*: nº 06-1456. Washington, DC, 2008a. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *United States v. Santos*: nº 06-1005. [s.l.]:[s.n.], 2008b. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4669-Alteracoes-na-legislacao-de-combate-a-lavagem-primeiras-impressoes. Acesso em: 21 set. 2019.

FISCHER, Douglas. O manifesto equívoco técnico, dogmático, sistêmico e lógico da Súmula Vinculante 24 do STF. In: PEDROSO, F. G. G.; HERNANDES, L. E. C. O. (Org). *Direito Penal Econômico: temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Exercícios sobre Lei de Lavoisier. *Exercícios mundo educação*, 2019. Disponível em: <https://exercicios.mundoeducacao.bol.uol.com.br/exercicios-quimica/exercicios-sobre-lei-lavoisier.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.) et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Tributário: imputação objetiva do crime contra a ordem tributária*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. 1, tomo II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor. *Reforma da parte geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EKksLtgfDtQJ:legis.senado.leg.br/sd-leg-getter/documento/download/45ce31db-9f17-4bb9-bb46-db3efe26f354+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 04 nov. 2019.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, A.; TEIXEIRA, A. (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Sobre a Punibilidade da “autolavagem” (*selflaundering*): um problema de concurso aparente de normas. In: DEODATO, Felipe A. F. de N.; LEAL, Rogério G. *Direito penal, processo penal e Constituição III*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 113-152. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/02q8agmu/3e57x458/li2vl94eqBm4omC6.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 7-49, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.2848, de 7 de dezembro de 1940)*, v. 9. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1945.

INSTITUTO DE GESTÃO FINANCEIRA E EQUIPAMENTOS DA JUSTIÇA I.P. *Bases jurídico-documentais*. [s.l.]:[s.n.], 2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Acesso em: 16 de ago. 2019.

ITÁLIA. *Codice Penale*. [s.l.]:[s.n.], 2016. Disponível em: <http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. corrigida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. cor. y ampl. Granada: Comares, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, A.; TEIXEIRA, A. (org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LOPES, Jair Leonardo. *Nova parte geral do Código Penal: inovações comentadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1985.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2. ed. rev. e atual. v. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/95. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 3, v. III. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. II. Prólogo de Octavio Perez-Victoria Moreno. Traducción y notas de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de la segunda edición Alemana (1933) y notas de Derecho Español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, v. 1: parte geral, arts. 1 a 120 do CP. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MONTEIRO, Cristina Líbano. *Do concurso de crimes ao “concurso de ilícitos” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

MORÁN, Ángel José Sanz. *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*. Del. Azcapotzalco: Ubijus, 2012.

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

MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes do Direito Penal português*. Lisboa: Universidade Católica, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v. 1, introdução e parte geral. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo, Atlas, 2015.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

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

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. (Org.). *Doutrinas essenciais*. Direito Penal Econômico e da empresa. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORTUGAL. *Código Penal*. 2019a. Disponível em: <http://www.codigopenal.pt/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PORTUGAL. *Código Penal*. [s.l.]:[s.n.], 2020. Disponível em: <http://www.codigopenal.pt/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Código Penal de 1982*. 2019b. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 18 ago. 2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Decreto-Lei 15/93, de 22/01*. Ministério Público, 1993. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=181&artigonum=181A0023&nversao=1&so_miolo=. Acesso em: 18 ago. 2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro*. Ministério Público, 2007a. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 29 ago. 2017.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto*. Ministério Público, 2017a. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0368A&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 29 ago. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Fixação de jurisprudência: 05P200*. Relator: Sousa Fonte. Data do acórdão: 22/03/2007. Publicação: DR, I série, 240, 13 de dezembro de 2007, p. 8903, 2007b. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument>. Acesso em: 16 ago. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal: 14/07.0TRLSB.SI*. Relator: Raul Borges, Terceira Secção. Data do acórdão: 11/06/2014, 2014a. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e22652275680718b80257d15004292f6?OpenDocument>. Acesso em: 02 set. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal: 156/00.2IDBRG.SI*. Relator: Rodrigues da Costa, Quinta Secção. Data do acórdão: 06/05/2010. Publicação: CJUSTJ, ano XVIII, tomo III/2010, p. 180, 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/32302659b68d4cc48025772100368cd3?OpenDocument>. Acesso em: 18 ago. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal: 5/14.4GHSTC.EI.SI*. Relator: Raul Borges, Terceira Secção. Data do acórdão: 18/01/2017, 2017b. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fd707bf601a023798025824b0057be35?OpenDocument&Highlight=0,branqueamento%20>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Penal: 7/10.0TELSB.LI.SI*. Relator: Armindo Monteiro, Terceira Secção. Data do acórdão: 08/01/2014, 2014b. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a7ea6ac09e68eeac80257c82004b4600?OpenDocument&Highlight=0,branqueamento%20>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral, v. 1, arts. 1 a 120. 11. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: parte geral, v. 2, teoria jurídica do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral e parte especial. 14. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (Org.). *Doutrinas essenciais*: Direito Penal Econômico e da empresa, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRATES, Felipe Machado. *Do concurso formal de crimes*. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015. p.125.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIEZU, Antonio Cuerda. *Concurso de delitos y determinación de la pena*. Madrid: Tecnos, 1992.

RIEZU, Antonio Cuerda. El concurso de delitos em el borrador de anteproyecto de código penal de 1990. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, t. 44, n. 3, p. 821-866, sep./dic. 1991.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, ago. 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4670-Alteracoes-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro-breves-apontamentos-criticos. Acesso em: 27 jun. 2019.

ROSAL, Manuel Cobo del; ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Derecho Penal: parte general*. 5. ed. corregida, aumentada y actualizada. Valencia: tirant lo blanch, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Javier de Vicente Remesal e Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Arts. 338 a 359. In: REALE JÚNIOR, M. (coord.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, um casal disfuncional. *Levy & Salomão Advogados*, Boletim novembro 2012. Disponível em:

https://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20180102110026_sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro-um-casal-disfuncional-esn.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Arts. 155 a 183. In: REALE JÚNIOR, M. (coord.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev., e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal. *Boletim IBCCRIM*, n. 107, out. 2001. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_coordenadores/127-107-Outubro-2001. Acesso em: 11 set. 2019.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Improriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: FRANCO, A. S.; LIRA, R. (coord.). *Direito Penal Econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOSI, Mariana Tumbiolo. *Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro*. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p.150.

TURBIANI, Gustavo de Castro. Crime fiscal e lavagem de dinheiro: as alterações legais e a atual necessidade de reafirmação de antigas premissas sobre os tipos penais. *Boletim IBCCRIM*, n. 264, nov. 2014. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/305-264-Novembro2014. Acesso em: 14 set. 2019.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal: parte geral*, tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERDE, Alejandra. ¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?. *Derecho Penal*, n. 2, p. 55-85, 2016.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción del alemán por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Roque Depalma: Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*, v. 1. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.