

O INDEVIDO *BIS IN IDEM* ENTRE OS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO

THE IMPROPER *BIS IN IDEM* BETWEEN PASSIVE CORRUPTION AND MONEY LAUNDERING CRIMES

LUCAS ANDREY BATTINI

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado. ORCID: 0000-0002-2621-9399.

LUIZ ANTONIO BORRI

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de Direito Penal da Unicesumar. Advogado. ORCID 0000-0001-7649-1270. E-mail: luiz@advocaciabittar.adv.br.

RAFAEL JUNIOR SOARES

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal da PUC/PR. ORCID: 0000-0002-0035-0217. E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo da problemática envolvendo a admissão do concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal, entre atos de corrupção passiva e atos de lavagem de dinheiro quando a ocultação integra também a ação de corrupção, isto quando inexistentes desígnios independentes em ambos os atos praticados. Verificar-se-á que a análise dos tipos penais e a vasta revisão bibliográfica como metodologia norteadora do trabalho noticiam a impraticabilidade da aplicação de concurso material entre os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro quando partem de um mesmo *iter criminis* e, ainda, quando existente pessoa interposta como recebedora da quantia indevida exaurindo o crime previsto no art. 317 do Código Penal. Nesse contexto, afirma-se que a lavagem de dinheiro é simples *post factum* impunível do delito de corrupção passiva, em que deve, por esta última, ser absorvida, porquanto a modalidade de receber resta prevista no próprio tipo penal do art. 317.

Palavras-chave: Corrupção passiva. Lavagem de dinheiro. *Bis in idem*. *Post factum* impunível.

ABSTRACT: This article has as its object of study the problematic of the admission of the material contest, foreseen in art. 69 of the Penal Code, between acts of passive corruption and acts of money laundering when concealment also integrates the action of corruption, this when there are no independent designs in both acts performed. It will be verified that the analysis of criminal types and the vast bibliographic revision as the guiding methodology of the work report the impracticality of the application of material competition between the crimes of passive corruption and money laundering, when they start from the same *iter criminis* and, also, when there is a person brought in as receiving the undue amount, exhausting the crime provided for in art. 317 of the Penal Code. In this context, it is stated that money laundering is a simple *post factum* unpunished from the crime of passive cor-

ruption, in which the latter must be absorbed, since the method of receiving remains provided for in the penal type of art. 317.

Keywords: Money-laundering. Passive corruption. *Bis in idem*. Unpunished *post factum*.

INTRODUÇÃO

O contexto atual de megaoperações com inúmeros desdobramentos e detentores de notáveis cargos públicos, a exemplo da “Lava Jato” e “Mensalão”, acarretam discussões que propiciam indevidas interferências no âmbito dogmático, resultando, por consequência, na supressão de princípios norteadores do Direito e Processo Penal por motivos estritamente políticos³³³.

A breve digressão propedêutica é importante, porquanto a banalização da aplicação de concurso material para os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro ensejou não só o manejo de significativas insurgências³³⁴ perante os tribunais de todo o país, mas, principalmente, a discussão sobre a existência de conflito aparente de normas e, por conseguinte, a aplicação do princípio da consunção para os referidos delitos.

A problemática do presente estudo reside, então, no questionamento da possibilidade de se admitir o concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal, entre atos de corrupção passiva e atos de lavagem de dinheiro quando a ocultação integra também a ação de corrupção, sem que existam desígnios independentes em ambos os atos praticados.

Não se desconhece a autonomia dos crimes previstos nos arts. 317 do Código Penal e 1º da Lei 9.613/98, entretanto, diante de um mesmo *iter criminis* e – destaque-se – quando há utilização de pessoa jurídica ou física interposta, de modo ocultar o recebimento da propina, a discussão ganha ainda mais pertinência, de modo que, conforme se verá, pretende-se apresentar solução a esse problema de pesquisa para fins de evitar dupla punição do agente pelo mesmo fato ocorrido – *ne bis in idem* –.

Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, com o emprego da técnica de revisão bi-

333 “(...) Ao esclarecer o alcance da previsão contida no art. 5º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que foi ratificada pelo Brasil em 2000, a própria OCDE adverte que, para que haja independência dos órgãos de acusação, a discricionariedade desses órgãos “deve ser exercida com base em motivos profissionais, e não deve estar sujeita à influência imprópria por preocupações de natureza política” (tradução livre: OCDE. Convention On Combating Bribery Of Foreign Public Officials in International Business Transactions And Related Documents. Paris: OCDE, Publishing, 2011, p. 17). (...) é inconteste que o que aconteceu no Brasil nos últimos anos foi justamente a contaminação dos órgãos de persecução estatal por influências políticas. (Voto Ministro Gilmar Mendes ADC 43, p. 25).

334 Como exemplo, *Habeas Corpus* 165.036/PR, em que figurou como paciente o ex-deputado Eduardo Cunha.

bliográfica, propõe-se a hipótese de que configura *bis in idem*, em virtude da aplicação do princípio da consunção, a punição simultânea pela prática do crime de corrupção passiva e lavagem de ativos quando o recebimento da vantagem indevida (momento integrante do *iter criminis* do delito de corrupção) se dá por interposta pessoa, seja pessoa física ou jurídica.

1. CONCURSO MATERIAL, CONFLITO APARENTE DE NORMAS E CONSUNÇÃO

Antes do específico ingresso no tema que se procura perscrutar, é preciso que se faça uma breve delimitação de dois institutos que são premissas essenciais do debate da absorção do crime de lavagem de dinheiro pelo crime de corrupção.

Isto porque, em primeiro momento, fez-se alusão, em tópico introdutório, à banalização da aplicação de concurso material para os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, sendo que tal fato teria acalorado o debate sobre o tema, principalmente nas denominadas megaoperações envolvendo detentores de cargos políticos de grande expressão.

A figura do concurso material, prevista no art. 69 do Código Penal³³⁵, ocorre quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Dessa forma, se os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material homogêneo e, por outro lado, quando os crimes praticados forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material heterogêneo³³⁶. Ou seja, no concurso material há pluralidade de condutas e pluralidade de crimes.

A consequência da existência da modalidade de concurso material é a gravosa cumulação das penas a serem aplicadas aos crimes, evidentemente, após a efetivação da norma inculpada no art. 59³³⁷ do Código Penal, isto é: da realização da dosimetria de cada pena.

Enquanto no concurso material de crimes há a cumulação das penas a serem aplicadas ao caso concreto, no conflito aparente de normas a situação é diametralmente oposta, visto que as ações praticadas pelo agente, muito embora distintas, atraem a incidência de um único tipo penal.

Assim, o concurso aparente de normas é compreendido da seguinte forma: “*sempre que sobre um determinado comportamento [incidir], simultaneamente, mais de uma norma penal incriminadora, embora só uma possa ser aplicada*”³³⁸.

335 Art. 69 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

336 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 787.

337 Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

338 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 81-82.

Vale dizer que o conflito não é real e efetivo, sob pena de cair por terra o próprio sistema do Direito Penal. Diferentemente do concurso de crimes, inexistente dispositivo legal para dirimir o concurso aparente de normas, razão pela qual se deve recorrer à interpretação, “*pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas*”.³³⁹

Segundo Andrei Zenkner Schmidt:

*(...) a doutrina enumera alguns princípios capazes de solucionar o impasse, sem, contudo, estar de acordo acerca da quantidade, da terminologia e do conteúdo de cada um deles. BELING e ASÚA, por exemplo, enumeram três princípios: o da exclusividade, o da especialidade e o da neutralidade. Por sua parte, MEZGER concentra o problema em duas situações: o da especialidade e o da consunção. A essa mesma conclusão chega ANTOLISEI, denominando o último, entretanto, de progressão. GRISPINI trata da especialidade, subsidiariedade e consunção. Já SOLER refere-se à neutralidade, à exclusividade (por alternatividade ou consunção), especialidade e subsidiariedade.*³⁴⁰

Em outras palavras, o princípio/critério da consunção pode ser definido partindo do pressuposto de que a própria lei estabelece tipos penais mais abrangentes e mais específicos, mas com proteções de bens jurídicos distintos, de modo que não existe relação de gênero para espécie apta a se invocar a especialidade e, da mesma forma, não se colocam numa posição de maior ou menor grau de cometimento do crime³⁴¹, demandando, portanto, a absorção da conduta meio pela conduta fim, de modo a se evitar dupla punição pelos mesmos fatos, como se conhece na garantia do *ne bis in idem*.

E é exatamente neste contexto que se insere o *post factum impunível*³⁴², ou seja, aqueles atos que são perpetrados após a consumação do crime principal, em igual desdobramento causal, constituindo simples exaurimento do principal³⁴³. Em outras palavras, o fato posterior impunível

339 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016, p.254.

340 SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, n. 33, jan.-mar. 2001, p. 99.

341 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53.

342 *Los actos posteriores copenados son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (confr. JESCHECK, p. 602; SAMSON, loc. cit. p. 74; STRATENWERTH, núms. 1195 y ss.). Genéricamente puede sintetizarse la idea fundamental de este supuesto de la siguiente manera: son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituyen una unidad tal que la ley los considera como una unidad alcanzada por la pena del primero (confr. SCHÓNKESCHRÓDER-STREE, StGB, Vorbem. §§ 52 y ss., p. 112). (BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal: parte general. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 243).*

343 RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 155, § 4º, I E IV, C/C O ART. 70 DO CP. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. RES

é uma ação ocorrida – após o crime principal – em mesmo contexto fático e que constitui o exaurimento do crime mais grave.

Para que se compreenda perfeitamente a hipótese acertada de absorção do crime de lavagem de dinheiro pela corrupção passiva, deve restar evidente que se trata de “*ato posterior e não uma ação autônoma executada em outra direção que não se caracteriza somente quando praticado contra outra pessoa, mas pela natureza do fato praticado em relação à capacidade de absorção do fato anterior.*”³⁴⁴

Estabelecidas as premissas e a distinção conceitual entre os institutos a serem trabalhados no presente ensaio, cabe examinar a tipologia dos crimes em debate, viabilizando a compreensão da inter-relação entre as condutas, sobretudo quando se observa a existência de pessoa interposta, evitando-se a subsistência de hiatos sobre o tema.

2. OS TIPOS OBJETIVOS DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO

De forma sintética, é válido salientar que, por opção legislativa, prevalece a tipificação das condutas de corrupção passiva e ativa, de forma independente no ordenamento jurídico.³⁴⁵ Neste contexto, o funcionário público que solicita, recebe ou aceita a promessa da vantagem responde pelo crime de corrupção passiva, em contrapartida, aquele que oferece ou promete a vantagem responde pelo crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do CP³⁴⁶.

O que interessa para o trabalho é especificamente o tipo penal descrito no art. 317 do Código Penal, visto que a discussão da absorção do delito de lavagem de dinheiro encontra respaldo nos elementos do tipo da própria corrupção passiva, conforme se verá adiante.

O crime de corrupção passiva é próprio de funcionário público, definição trazida pelo art.

FURTIVA PORTADA EM SUBTRAÇÕES. POST FACTUM IMPUNÍVEL. MERO EXAURIMENTO DO CRIME DE FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. (...) Em razão do princípio da consunção, o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) deve ser absorvido pelo o de furto porque a arma encontrada com o réu fazia parte dos bens subtraídos, evidenciando o mero exaurimento do delito, post factum impunível (REsp 1503548/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

344 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 259.

345 “(...) essas redações típicas deixam claro que a prática de corrupção ativa não necessariamente pressupõe a existência do crime de corrupção passiva e vice-versa. Com exceção da hipótese do recebimento e aceitação da vantagem indevida, situação em que haverá a bilateralidade, as demais espécies não demandam a aceitação da outra parte.” SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. In: Direito penal e processo penal: parte especial, v. 3., 2015, p.1313.

346 MACHADO, Maíra Rocha. Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, v. 23, n. 112, jan./fev. 2015. p. 189-211.

327³⁴⁷ do Código Penal. Neste contexto, basta a simples análise do dispositivo para que se verifique que o delito pode ocorrer na forma de “solicitar”, “receber” vantagem indevida, ou ainda, “aceitar promessa” de tal vantagem.

É imprescindível para a configuração do crime em exame que o ato esteja vinculado à função do autor. Desse modo, o ato ou abstenção a que se refere a corrupção deve estar no âmbito de competência do funcionário público, compreendendo as especificidades das atribuições funcionais, porque somente nesse caso se poderia cogitar dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração pública.³⁴⁸

Nada obstante a compreensão doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que basta o nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e a função pública exercida, não se exigindo vinculação entre a oferta e o ato de ofício esperado (em especial REsp 1745410/SP³⁴⁹).

A doutrina assevera que o bem jurídico tutelado é o pleno funcionamento e a probidade da Administração Pública, de modo que o ilícito terá a seguinte capacidade:

(...) atinge tanto o prestígio da Administração Pública ante os administrados como o dever da Administração de servir com objetividade aos interesses gerais, segundo exigência da Constituição Federal, que destaca a probidade e a impessoalidade como dever de todos aqueles que exercem funções públicas, além da eficiência inerente à prestação do serviço público³⁵⁰.

Conforme posição majoritária, o crime de corrupção passiva é formal, ocorrendo independentemente da produção do resultado naturalístico. O simples ato de o funcionário público solicitar, receber, ou ainda, aceitar a promessa da vantagem indevida é suficiente para a consumação do

347 Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

348 MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal – v. 3, São Paulo, Atlas, 2012, p.328 e 329. Essa a compreensão também de Nelson Hungria: “O ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendida nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. Assim, se um magistrado (o exemplo é de CARRARA) que não vai julgar a causa, recebe dinheiro para recomendá-la ao colega que vai decidir, e obter dê-lo decisão favorável (não se tratando, bem entendido, de um intermediário, oculto da corrupção), não compete o crime de que ora se trata, mas o de exploração de prestígio (art. 357)” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – arts. 250 a 361*. v. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 369).

349 “O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.” (REsp 1745410/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018).

350 REALE JÚNIOR, Miguel. Código penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 924

crime descrito no art. 317 do Código Penal. A vantagem não precisa efetivamente possuir cunho patrimonial, podendo ser de qualquer natureza, ou seja, “*se trata do fato do funcionário corromper-se, isto é, praticar ou não um ato visando uma retribuição, que pode não ser econômica, sem que nem por isso deixe de traficar com a função pública*”³⁵¹.

Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, encontra-se tipificado na Lei 9.613/98, tendo sua redação modificada pela Lei 12.683/12, prevendo, atualmente, que comete o crime quem “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

O delito de lavagem de capitais costuma ser subdividido pela doutrina em três etapas³⁵²: primeira – colocação ou inserção –, na qual o dinheiro é introduzido no mercado financeiro; segunda – ocultação ou encobrimento-, em que há o escamoteio da origem ilícita do ativo e, na terceira – integração ou reciclagem – busca-se a reinserção do ativo na economia legal.

De maneira mais detalhada as três fases podem ser delineadas a seguir³⁵³: a) colocação ou conversão (*placement*): tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crimes, esta fase consiste em uma instância de ocultação e escamoteação, na qual se utilizam diversos canais de procedimentos para a separação física do criminoso e os produtos de seus crimes; b) dissimulação ou cobertura (*layering*): para disfarçar a origem ilícita e dificultar a reconstrução da trilha do papel (*paper trail*) e do caminho percorrido pelos valores, o criminoso procede a uma superposição de transações, diluindo em incontáveis e disseminadas operações e transações no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias, de nomes diferentes, sujeitas a regimes jurídicos diferentes; c) integração (*integration*): caracteriza-se pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, pelo retorno ao mercado pela criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou em compra de bens.³⁵⁴

Vislumbra-se que o crime de lavagem de capitais pode ser praticado por qualquer pessoa e, nos mesmos moldes da corrupção passiva, também é considerado formal, porquanto necessita tão somente da ocultação ou dissimulação dos ativos para que haja a consumação do crime.

Questão importante no crime de lavagem é a elementar do tipo que prevê a existência de

351 NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 18.

352 “*Esse processo, denominado clássico, não pode ser tido como único, pois, além das inúmeras possibilidades existentes para a concretização do delito, deve-se ter em conta a evolução e o aperfeiçoamento contínuos das técnicas empregadas em sua prática*”. PRADO. Luiz Regis. Delito de Lavagem de Capitais: um estudo introdutório. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Delito%20de%20lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em: 25 jun.20.

353 ASCARI. Janice Agostinho Barreto. Algumas notas sobre a lavagem de ativos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Brasil: Revista dos Tribunais. v. 11, nº 45, p. 215-223.

354 CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de Dinheiro 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 21-36. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 290-292.

crime antecedente, pois segundo a disposição expressa do art. 1º da Lei 9.613/98, a dissimulação ou ocultação deve ocorrer a partir de infração penal antecedente, assentando-se que deve se comprovar a existência suficiente de indícios do crime antecedente, que represente ao menos o fato típico e antijurídico.³⁵⁵

Nesse contexto, Sérgio Fernando Moro, ao tratar da autonomia do crime de lavagem de dinheiro, notadamente a regra disposta no art. 2º, inc. II, da Lei 9.613/98, ensina que “*certamente, faz-se necessário provar que o objeto da lavagem é produto ou provento de crime antecedente, o que exige produção probatória convincente em relação ao crime antecedente.*”³⁵⁶

Ressalte-se, assim, que para a configuração do ilícito penal de lavagem de dinheiro é imprescindível que o sujeito tenha cometido as condutas previstas no tipo de forma dolosa, afetando a administração da justiça, pois a despeito de divergências doutrinárias, predomina o entendimento de que a administração da justiça é o bem tutelado pelo legislador, uma vez que “*os autores de crime de lavagem, com a finalidade de proteger os responsáveis pelos crimes antecedentes, acabam obstruindo a própria justiça, impossibilitando a punição dos culpados*”³⁵⁷.

Ao se abordar a questão de crime anterior, pode-se iniciar o estabelecimento da relação complexa que os crimes de corrupção passiva e lavagem de capitais proporciona, sobretudo quando há pessoa interposta, ou seja, na hipótese do recebimento da vantagem indevida se der por meio de pessoa física ou jurídica distinta do funcionário público.

3. A ABSORÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

No momento em que se abordou em tópico propedêutico sobre a aplicação demasiada de concurso material entre os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, principalmente no âmbito das megaoperações, é preciso que se faça um destaque: no julgamento da Ação Penal nº. 470, o Plenário do Supremo Tribunal Federal admitiu como sendo possível a punição de um mesmo agente por ambos os crimes³⁵⁸.

Ocorre que, muito embora a referida admissão – o que também se afirmou em tópico introdutório sobre a concordância na autonomia dos delitos –, deve-se compreender que a punição

355 CALLEGARI, André Luís. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 31, p. 183-200, jul./set. 2000.

356 MORO, Sérgio Fernando. *Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 12, abr./jun. 2008.

357 VELLOSO, Ricardo Ribeiro. *Problemas penais atuais quanto à lavagem de dinheiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 263.

358 Conforme se verá abaixo, a Corte modificou seu entendimento ao julgar os embargos infringentes interposto por um dos acusados.

do agente pelos dois crimes ocorre somente quando “*não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas (...)*”³⁵⁹”.

O problema ganha destaque porque, com a superveniência de megaoperações, algumas decisões começaram a trazer hipóteses em que o recebimento de forma oculta se daria por meio de processos mais estruturados e complexos de ocultação do que a simples interposição de pessoas (empresas de fachada, *offshores* ou outras estruturas jurídicas no exterior), nos moldes discutidos na Ação Penal nº. 470.

O cenário atual estaria consolidado na medida em que se passou a adotar o critério do “*cúmulo material nos casos em que considerou haver tipologias complexas de ocultação. Ou seja, não só havia a punição por ambos os crimes como a aplicação do gravoso concurso material, que impõe a soma das penas*”³⁶⁰.

O primeiro ponto que deve ser analisado é o de que é inerente ao crime de corrupção passiva o fato de que a suposta vantagem ilícita seja recebida de maneira absolutamente clandestina, ou ainda, em uma “*forma escamoteada própria, porque a entrega de numerário, considerada a corrupção, não corre à luz do dia.*”³⁶¹

Partindo de tal premissa, vale repetir que o delito de corrupção passiva se perfaz com a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, sendo que o recebimento poderá se dar de forma indireta.

O ponto central do debate passa a residir na utilização de pessoa física, jurídica ou qualquer tipo de estrutura que possa funcionar como pessoa interposta. Isto é, para que seja possível cogitar-se de eventual ocultação da vantagem indevida pelo funcionário público (utilizando a corrupção como delito antecedente), é imprescindível que exista tal personagem interposto, pois, do contrário, caso ele mesmo receba a vantagem solicitada, estar-se-á diante de uma hipótese de revelação e não ocultação.

Todavia, em que pese a aparente complexidade do assunto, vislumbra-se que sua resolução parte de pontos básicos do direito penal – trabalhados em tópicos precedentes –, de modo que se torna, quase que inadmissível, eventual postura incauta que tenta explicar a possibilidade de dupla imputação lastreada nas – em tese – modernas e complexas estruturas delitivas.

Há que se compreender que não basta a mera invocação da complexidade de atos par se

359 Inq 2471 ED-segundos, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 07-11-2013 PUBLIC 08-11-2013.

360 VELLOSO, Pedro Ivo. FIGUEIREDO, Ticiano. RABELO, Célio. A (des)caracterização da lavagem de ativos no caso de recebimento oculto da vantagem. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opiniao-lavagem-ativos-vantagem-indevida-oculta>. Acesso em: 06.dez.2019.

361 AP nº. 470. Décimo Sexto Embargos Infringentes. Relator Min. Luiz Fux, Plenário. 13.mar.2014.

afastar o reconhecimento de apenas uma infração penal:

*(...) 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. Lavagem como exaurimento do crime de corrupção, fato posterior impunível.*³⁶²

Diga-se, a partir de tal premissa, que aquele que recebe, ainda que diretamente, eventual propina solicitada pelo funcionário público, como sendo pessoa interposta, atua no estrito sentido da norma insculpida no art. 317 do Código Penal, ao passo que inexistente o crime de lavagem de capitais na espécie, principalmente porque integra a própria fase de consumação do crime de corrupção passiva representando o exaurimento da conduta de corrupção.

Com efeito, Pierpaolo Cruz Bottini distingue exaurimento (situação na qual o agente alcança resultado não descrito no tipo penal) da realização de mais de um verbo núcleo do tipo, compreendendo tratar-se dessa última hipótese a situação na qual a corrupção é concretizada na forma de recebimento da vantagem indevida, ainda que de forma indireta³⁶³. A partir daí, cumpre destacar que a inclusão da palavra indiretamente no art. 317 do Código Penal não se deu de maneira impensada, pois significará “*qualquer recebimento por intermédio de alguém ou de algo, desde que tal mecanismo seja anterior ou simultâneo à aquisição.*”³⁶⁴

Explica-se: a corrupção passiva na forma de solicitar é ato que se consuma de imediato, bastando a mera solicitação para ocorrência do crime. Diante de eventual solicitação por funcionário público, com o recebimento por pessoa interposta, não há que se falar em lavagem de capitais pois, nesta hipótese, o recebimento constitui a consumação do próprio delito capitulado no art. 317 do Código Penal.

Segundo entendimento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci:

(...) é inafastável a conclusão de que o comportamento típico na corrupção está no núcleo re-

362 CALEGGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro> Acesso em: 06.dez.19.

363 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Algumas notas sobre corrupção e lavagem de dinheiro. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir. *Corrupção: Aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 528-532.

364 *Idem*, p. 532

presentado pelo ‘receber’, torna-se patente que o meio indireto, isto é, receber por meio de outra pessoa, representa a própria consumação do crime de corrupção, e não o crime autônomo de lavagem.”³⁶⁵

O caso apresentado é tipicamente de conflito aparente de normas, caracterizado pela concorrência de diversas normas penais a um mesmo fato, permitindo-se a incidência de apenas um dos tipos penais, sob pena de indevido *bis in idem*, ou seja, não se mostra adequada a pretensão de utilizar do verbo núcleo “receber”, acrescido da modalidade indireta, como critério a viabilizar a presença de dois crimes.

Por conseguinte, nos termos da observação de Alberto Zacharias Toron:

(...) se houve um único ato de recebimento de dinheiro indevido, por exemplo, por funcionário público, embora se possa sustentar que, pelas condições, ocorre uma lavagem de dinheiro, antes disso, está-se focando a corrupção. Pouco importa de onde o dinheiro veio ou para onde vai, o fato é que está caracterizada a corrupção, que absorve a lavagem de dinheiro.”³⁶⁶

Desse modo, na linha do entendimento da eminente Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, citada em parecer do jurista Pierpaolo Cruz Bottini a mera “*utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário – integra a própria fase consumativa do crime de corrupção, núcleo receber*”³⁶⁷, configurando-se apenas o exaurimento do crime de corrupção ativa.

Em outras palavras, no delito capitulado no art. 317 do Código Penal, observa-se que a vantagem indevida pode se dar também de forma indireta, ou seja, por meio de pessoas interpostas. Contudo, nesta situação, não se pode falar em lavagem de dinheiro, porquanto a ocultação dos valores com o emprego de pessoas interpostas já está prevista na própria norma que tipifica a conduta de corrupção passiva.

Verifica-se que, na hipótese em discussão, a suposta lavagem de dinheiro constitui meio necessário (absorvido) para a consecução da corrupção passiva (absorvente), vez que esta última, em meio ao conflito aparente de normas, constitui fase mais avançada nos atos do tipo delitivo.

O fato posterior – suposta lavagem de capitais – não pode ser punido quando se torna um mero instrumento para a realização do fato principal – corrupção passiva – e obtenção de vanta-

365 NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

366 TORON, Alberto Zacharias. *Corrupção e lavagem: é possível punir o agente da primeira também pelo crime parasitário?* Revista do Advogado. Ano XXXIV, nº 125, Dezembro de 2014, p. 23.

367 *Lavagem de dinheiro na APn 470(Parecer)*. In: Doutrinas Essenciais – Direito Penal e Processo Penal. Org. BARDARÓ, Gustavo Henrique. v. IV. São Paulo: RT, 2015, p. 574.

gens ilícitas, motivo pelo qual se afirma ser a lavagem de dinheiro *post factum* impunível do crime previsto no art. 317 do Código Penal.

Oportuno destacar ainda que o tema foi objeto de discussão pela mais alta Corte do país, também na Ação Penal 470 (mensalão) que, após entender pela possibilidade de concurso entre os crimes, quando do julgamento de um dos embargos infringentes, por maioria de seus membros, entendeu por afastar o crime de lavagem de capitais, argumentando que o ato de receber integra a figura típica da corrupção, obstaculizando que um mesmo suporte fático viabilize a incidência de dois crimes.³⁶⁸

Portanto, o caso em apreço evidencia a insuficiência de elementos a desencadear a persecução penal por crime de lavagem de dinheiro, mormente quando se observa a semelhança (para não dizer identidade) entre os atos de corrupção imputados como delitos antecedentes e o possível delito posterior (lavagem de dinheiro), salientando-se que o recebimento de dinheiro através de indivíduos com os quais se tem evidente, clara e direta relação é incapaz de caracterizar o encobrimento de valores.

CONCLUSÃO

A aplicação do concurso material, permitindo-se inúmeras condenações por ambos os crimes, com a aplicação do gravoso somatório das penas, muitas vezes, ocorre com decisões que buscam se desviar da própria jurisprudência, sob o argumento de que o delito de lavagem está acobertado por “complexos estruturais diferenciados”, ou pior, defendendo a impossibilidade de conflito aparente de normas por tratar a lavagem de bem jurídico diverso daquele protegido pelo crime de corrupção³⁶⁹.

Entretanto, a análise dos tipos penais e os estudos exaustivos dos *experts* noticiam a impraticabilidade da aplicação de concurso material entre os crimes de corrupção passiva e de lavagem

368 *Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. (AP 470 EI-sextos, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014).*

369 “Não dispõe de qualquer fundamento sério a tese, hoje praticamente abandonada, que exigia na consunção a identidade de bem jurídico ofendido pelos tipos consuntivo e consunto”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 2017. Rio de Janeiro. Ed: Revan. p. 614.

de dinheiro, quando partem de um mesmo *iter criminis* e, ainda, na hipótese de pessoa interposta como recebedora da quantia indevida exaurindo o crime previsto no art. 317 do Código Penal.

Repita-se que não se desconhece da aplicação autônoma dos delitos e da própria independência dos tipos penais, contudo, a cumulação de penas, partindo da premissa deste trabalho, deverá acontecer somente quando possível, no caso concreto, a averiguação da própria autonomia e independência por muitos defendida.

Portanto, retomando-se o problema de pesquisa inicialmente proposto, tem-se a confirmação da hipótese, porque quando a lavagem de dinheiro figura como simples *post factum* impunível do delito de corrupção passiva, deve ser absorvida por esta última, porquanto a modalidade de receber resta prevista no próprio tipo penal do art. 317. A contramão disso: punição autônoma para os delitos, sem que existam expedientes suficientes para apuração do crime de lavagem de capitais é permitir a recalcitrância de posturas descuidadas e motivadas por sentido diverso da correta aplicação do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ASCARI, Janice Agostinho Barreto. *Algumas notas sobre a lavagem de ativos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Brasil: Revista dos Tribunais. v. 11, nº 45.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Algumas notas sobre corrupção e lavagem de dinheiro. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir. *Corrupção: Aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 525-539.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APn 470 (Parecer)*. In: Doutrinas Essenciais – Direito Penal e Processo Penal. Org. BADARÓ, Gustavo Henrique. v. IV. São Paulo: RT, 2015.

BRASILEIRO, Renato. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CALLEGARI, André Luís. *Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 31. 2000.

CALEGGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro*. Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 06 dez.19.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro* 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, Máira Rocha. *Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção*. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: RT, v. 23, n. 112, jan./fev. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal* – v. 3, São Paulo, Atlas, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. *Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária*. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PLANAS, Ricardo Robles. *A Identidade da Dogmática Jurídico-Penal*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). *Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO. Luiz Régis. *Delitos de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Delito%20de%20lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em: 25 jun.20.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. UNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – arts. 250 a 361*. v. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*. In: *Direito penal e processo penal: parte especial*, v. 3. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. *Corrupção e lavagem: é possível punir o agente da primeira também pelo crime parasitário?* *Revista do Advogado*. Ano XXXIV, nº 125, Dezembro de 2014.

VELLOSO, Pedro Ivo. FIGUEIREDO, Ticiano. RABELO, Célio. *A (des)caracterização da lavagem de ativos no caso de recebimento oculto da vantagem*. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opiniao-lavagem-ativos-vantagem-indevida-oculta>. Acesso em: 06 dez.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed: Revan. 2017.