

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VÍTOR RICARDI SIQUEIRA

A INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE E AS MODALIDADES DE CRIMES SOB A
LUZ DA LAVAGEM DINHEIRO: UMA ANÁLISE DO PRAZO PRESCRICIONAL NA
AÇÃO PENAL Nº 863/SP JULGADA PELO STF

São Paulo

2018

VÍTOR RICARDI SIQUEIRA

A INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE E AS MODALIDADES DE CRIMES SOB A
LUZ DA LAVAGEM DE DINHEIRO: UMA ANÁLISE DO PRAZO PRESCRICIONAL
NA AÇÃO PENAL Nº 863/SP JULGADA PELO STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor Marco Antônio de Barros

São Paulo

2018

SIQUEIRA, Vítor Ricardi.

A infração penal antecedente e as modalidades de crimes sob a luz da lavagem de dinheiro: uma análise do prazo prescricional na ação penal nº 863/SP julgada pelo STF. / Vítor Ricardi Siqueira. – São Paulo, 2018. – 75 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

1. Bem jurídico. 2. Infração penal antecedente. 3. Lavagem de dinheiro. 4. Modalidades de crimes. 5. Prazo prescricional. I. Título

VÍTOR RICARDI SIQUEIRA

**A INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE E AS MODALIDADES DE CRIMES SOB A
LUZ DA LAVAGEM DE DINHEIRO: UMA ANÁLISE DO PRAZO
PRESCRICIONAL NA AÇÃO PENAL Nº 863/SP JULGADA PELO STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em / /

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutor Marco Antônio de Barros
Universidade Presbiteriana Mackenzie

A todos que participaram da minha vida ao longo
desse caminho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Clara Lice e Leonel, por terem me dado total apoio nessa trajetória.

Aos meus avós, Ademar e Cida, que por serem professores, muito me auxiliaram na busca pelo conhecimento.

Ao meu Bisavô, que, embora nunca tenha sido alfabetizado, foi a pessoa que mais cultura me passou, nunca me deixando esquecer às origens de minha terra.

Aos profissionais que tive o prazer de conhecer, resta dizer o meu muito obrigado por todo ensinamento e exemplo.

Aos amigos que sempre torceram e estiveram ao meu lado nesses anos.

Ao professor Marco Antônio, por ter me apresentado o tema Lavagem de Capitais, e consequentemente, me ajudado a descobrir e trabalhar em um novo universo no Direito.

Aos professores Ademar e Valmir, uma grande dupla que, desde cedo, me ensinaram a questionar e debater, bem como lutar pelas causas próprias e alheias.

A todos os professores e professoras com quem tive contato na Universidade.

“Até você se tornar consciente, o inconsciente irá dirigir sua vida e você vai chama-lo de destino”.

(C.G. Jung)

RESUMO

O presente trabalho tem por fim analisar a infração penal antecedente, modalidade de crime e prazo prescricional no contexto da lavagem de dinheiro, principalmente no quanto debatido na Ação penal nº 863/SP em trâmite no STF. Por meio da leitura de livros, pesquisas, artigos e leis, foi possível constatar que ainda não há uma posição definitiva sobre o tema. Desse modo há divisões de entendimento quanto ao momento de consumação da lavagem de dinheiro, qual modalidade de crime ela abarcaria, e qual seria o momento inicial para o marco prescricional. Tal questão é muito recente no Direito Penal Brasileiro, de modo que ainda poderá causar uma insegurança jurídica em alguns julgamentos e posições doutrinárias. Ademais, constatou-se esbarrar nesse embate, qual, de fato, seria o bem jurídico tutelado, tendo muitos doutrinadores abdicado de um bem em específico e partido para um bem jurídico pluridimensional. Diante disso, trabalhou-se com o Código Penal, Lei de Lavagem de Capitais, Teoria do Delito, Julgamento do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar qual seria a maneira adequada de abordar tais conceitos no âmbito da lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Bem jurídico. Infração penal antecedente. Lavagem de dinheiro. Modalidades de crimes. Prazo prescricional.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyse the antecedent criminal offense, type of offense and prescriptive period in the context of money laundering, especially as discussed in Criminal Action 863/SP in the Supreme Court Trial. By reading books, articles, laws and extensive research, it was possible to verify that there is, still, no definitive position on the subject. Thus, there are diverging opinions regarding the timing of accomplishment of money laundering, what type of crime it would cover, and what would be the starting point for the prescriptive period. Such a question is very recent in Brazilian criminal law, so that it may still cause legal uncertainty in some trails and lines of thought. In addition, it was noted that, which, in fact, would be legal asset protected, with many academics abdicating of a specific interest and embraced a non specific legal asset. In ligh of that, we worked with the Criminal Code, Money Laundering Law, Crime Theory and Federal Supreme Court Trial in order to verify the most appropriate way to approach such concepts in the scope of money laundering.

Keywords: Antecedent criminal offense. Legal asset. Money laundering. Prescriptive period. Type of offense.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal de 1988
HC	Habeas Corpus
IP	Inquérito Policial
Min.	Ministro
p.	Página
Rel.	Relator
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

INTRODUÇÃO	13
1 INFRAÇÃO PENAL: CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL	14
1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: NULLEM CRIMINEM, NULA POENA SINE POREVIA LEGE POENALI	15
1.2 DEFINIÇÕES DE CRIMES: FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICA	16
1.3 TIPO PENAL.....	16
1.3.1 Conduta – ação em sentido amplo:	17
1.3.2 Resultado	20
1.3.3 Nexo de Causalidade	21
1.3.4 Tipicidade (Formal e Conglobante)	23
1.4 ANTIJURIDICIDADE	25
1.5 CULPABILIDADE	28
2 MODALIDADES DE CRIMES: UMA ANÁLISE QUANTO AO MOMENTO DA CONSUMAÇÃO	31
2.1 CRIMES INSTANTÂNEOS	31
2.2 CRIMES PERMANENTES.....	31
2.3 CRIMES INSTANTÂNEOS DE EFEITOS PERMANENTES	31
3 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	33
3.1 PRESCRIÇÃO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS.....	34
3.1.1 Prescrição antes do trânsito em julgado de sentença criminal: condições e prazos	35
3.1.2 Prescrição posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória: conceito e prazos	37
3.1.3 Prescrição Retroativa	39
3.1.4 Prescrição intercorrente:	39
3.2. PRESCRIÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE OS NÍVEIS DE CONCRETIZAÇÃO DA PENA.....	40
3.3. REDUÇÃO E AUMENTO DOS PRZOS PRESCRICIONAIS:	41
3.4 CAUSAS IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO	42
4 LAVAGEM DE CAPITAIS (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS)	45
4.1 RAÍZES HISTÓRICAS, DIMENSÕES E O SURGIMENTO DA EXPRESSÃO <i>MONEY LAUNDRY</i>	45
4.2 CONCEITO.....	47
4.3 BEM JURÍDICO TUTELADO	48
4.3.1 O bem jurídico lesado no crime antecedente:	49
4.3.2 A administração da justiça:	50
4.3.3 Ordem (sócio) econômica:	53
4.3.4 Pluriofensividade de bens jurídicos:	55
4.4 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO E O MOMENTO DE SUA CONSUMAÇÃO	55

4.4.1 Ocultação (<i>placement</i>):	57
4.4.2 Dissimulação (<i>layering</i>):	58
4.4.3 Integração (<i>integration</i>):	59
4.5 INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE: EVOLUÇÃO DA LEI 9.613/98 PARA A DE 12.683/12	60
5 PROBLEMÁTICA TRATADA NO ACÓRDÃO REFERENTE À AÇÃO PENAL Nº 863/SP EM TRÂMITE PERANTE O STF	63
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

Atualmente, tem se tornado cada vez mais comum acompanharmos casos de deflagrações de grandes operações relacionadas à lavagem de dinheiro, principalmente no que diz respeito ao decorrer da maior de todas do país - a tão conhecida “Operação Lava-Jato”.

Em meio a esse cenário, talvez com uma grande ansiedade por buscas de respostas diante do tema, muito foi escrito sobre a lavagem de dinheiro, todavia, arrisca-se a dizer que, em que pese o árduo esforço, muitas posições ainda não foram bem definidas, de modo a concretizar uma insegurança jurídica em julgamentos práticos.

Questões fundamentais relacionadas à matéria, como a mudança do rol taxativo de crimes antecedentes, com sua posterior ampliação para infração penal sem delimitações, momentos da consumação da lavagem de dinheiro com base na modalidade de crime por ela aderida, marco prescricional, ou também, não menos importante, o bem jurídico tutelado, são essenciais para abordar e compreender uma situação jurídica complexa em que vivemos nos tribunais no tocante à lavagem de capitais.

Tais situações foram delineadas ao longo de pelo menos duas décadas, no entanto, o cenário que mais abordou tais dinâmicas foi o do julgamento da ação penal 863 perante o Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, para apresentar tal temática e tentar explicar as disposições acerca da lavagem de dinheiro, esse trabalho buscará trazer luz às obscuridades acerca do tema e demonstrar o cenário jurídico, por meio de conceitos da parte geral do código penal brasileiro, análise crítica das modificações da lei de lavagem de capitais, bem assim valer-se especificidades da teoria de crime para analisar o Acórdão proferido na Ação Penal nº 863 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, em razão de sua importância para análise do tema em apreço.

1 INFRAÇÃO PENAL: CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

A teoria do delito, assim como o Direito, passou por evoluções ao longo dos anos, de modo que inúmeros conceitos e teorias foram desenvolvidos para tratar da temática relacionada à infração penal.

Desse modo, pode-se extrair da lição de Zaffaroni (1996, apud, GRECO, R., 2011, p. 135), que a teoria do delito corresponde:

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

Nesse viés, e como resultado contemporâneo (GRECO, R., 2011, p. 136), em contrapartida a países como Espanha e França, que diferenciam os conceitos de crime, delito e contravenção penal com base em sua gravidade – teoria tripartidária; o Brasil, por sua vez, no mesmo sentido da Alemanha e Itália, optou por adotar a teoria bipartida, a qual entende ser a infração penal como o gênero das espécies crime – expressão equivalente a delito – e contravenção penal.

Para esse estudo cabe abordar a definição inicial sobre a distinção de crime e contravenção penal contida na Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (Dec. Lei 3.194/41):

Art 1º - Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

No entanto, além de estar desatualizada em relação às práticas do Direito Penal Brasileiro, segundo Bitencourt, Conde (2004, p. 24), sequer houve preocupação para realizar um estudo científico-doutrinário com intuito de pautar tais distinções no âmbito da elaboração de mencionada lei. Com isso, valeram-se apenas da natureza da pena para delimitar as diferenças primordiais entre crime e contravenção penal.

Não menos importante informar que, de fato, não há uma diferença ontológica (BITENCOURT; CONDE, p.25) entre os tipos de infração penal – crimes e contravenções penais.

Os critérios para tal definição são quantitativos e exteriores ao que, em síntese, deveria ser analisado pelo ordenamento jurídico. Além disso, tanto suas conceituações, como o bem jurídico que se protege por meio do Direito Penal, são pautados em vieses e interesses políticos (GRECO, R., 2011, p. 137).

Nesse diapasão, devido a pressões populares e novos interesses Estatais, pode haver, em tese, mudanças e reformas sobre o que antes era considerada uma contravenção penal e passou a ser considerado crime.

Para fins exemplificativos (GRECO, R., 2011, p. 137) encontra-se respaldo nos limites da Lei nº 9.437/97, cujo conteúdo do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro concorreu para a mudança da contravenção penal de porte de arma, para crime, haja vista ser apenado com detenção.

1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: NULLEM CRIMINEM, NULA POENA SINE POREVIA LEGE POENALI

O Código Penal Brasileiro (Dec. Lei nº 2.848/40), em seu art. 1º, informa que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Para tanto, conforme o brocardo “*nullem crimen, nula poena sine porevia lege poenali*”, assim é o princípio da legalidade adotado pelo Código Penal. De modo que o sistema a ser analisado é fechado, como dispõe Fragoso e Hungria (1977, p. 21).

Nesse sentido, não importa que o fato cometido seja moralmente relevante, considerado como “anti-social”, ou de “reprovação pública”. Caso não haja lei anterior que o defina como crime, ou seja, se não há correspondência direta à *parte objecti* e à *parte subjecti*, tal fato, não poderá ser considerado crime (FRAGOSO; HUNGRIA, 1977, p. 22).

Todavia, em nenhum momento, há atribuição de mencionado regimento normativo sobre eventual definição do que, de fato, seria crime, devendo toda e qualquer interpretação ser elaborada por parte da doutrina (GRECO, R., 2011, p. 139).

1.2 DEFINIÇÕES DE CRIMES: FORMAL, MATERIAL E ANALÍTICA

Para tanto, pode-se dividir os conceitos utilizados pelos estudiosos do Direito Penal em três grupos de análise: formal, material e analítico.

O Doutrinador Bettiol (1976, p. 209, apud GRECO, R., 2011, p. 140) define muito bem qual seria a diferença primordial entre os dois primeiros de modo que:

[...] duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub espécie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime “todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”.

Destarte, conforme definido acima, o crime formal, corresponde aos fatos praticados que correspondam a uma proibição definida pela lei penal. Já o crime material, por sua vez, não se pauta única e exclusivamente na norma, mas a ele é acrescido a interpretação e o potencial lesivo que seja propício para lesar um bem jurídico.

Por fim, diante de uma interpretação analítica e sob a égide do Direito Penal Contemporâneo, seguindo o posicionamento de Toledo¹ (2011, p. 80) o crime é: “uma ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade)”. Assim, busca-se uma definição mais precisa do conceito de crime, ato não consagrado pelos conceitos formais e materiais (GRECO, R., 2011, p. 140).

Portanto, conclui-se pelas lições acima apresentadas que uma conduta humana não é suficiente para ser entendida como crime, mas tal fato deve ser analisado sobre outros pontos de vista, quais sejam: da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

1.3 TIPO PENAL

Segundo a lição de Reale Jr (1998, p. 31):

O tipo penal é fruto de uma elaboração abstrato-prática, que apreende na experiência as condutas típicas possíveis e submete-as, segundo as condições materiais, morais e culturais necessárias à vida e próprias daquele momento,

¹ Essa definição é adotada, entre outros, por: Aníbal Brunom *Direito penal*, cit. t. 1, p. 274; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., c. 1, p. 98; Heleno Fragoso, *Lições*, cit. p. 164; Wessels, *Direito Penal*, cit., p. 17; Baumann, *Grundbegriffe*, cit., p. 23, etc.

a um ajuizamento valorativo do qual decorre a imposição de uma solução, de um comando permissivo ou proibitivo.

Nesse sentido, com a evolução normativa e consolidação do Direito Penal Brasileiro, o tipo penal – que não pode ser confundido com tipicidade - foi integrado como um dos elementos constitutivos da definição de crime. Segundo leciona Toledo (2001, p. 84): “tipo é a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida [...] tipicidade é a subsunção, a justaposição à adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime”.

Partindo de uma análise do tipo finalista (GRECO, R., 2011, p. 142-143), temos que o fato típico pode ser formado por uma conduta dolosa ou culposa – de cunho comissivo ou omissivo; um resultado; o nexos de causalidade envolvendo a relação da conduta do agente com o resultado desse fato e, por fim, tem-se a tipicidade que é dividida em formal ou conglobante.

Desse modo, (WELZEL 1970, p. 93, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 149) o tipo penal é analisado sob um aspecto objetivo (representação da exteriorização da vontade do agente) e subjetivo (vontade e finalidades internas do agente).

Ademais, cabe ressaltar que como sustenta o próprio Welzel (1970, p. 93, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 149): “o tipo objetivo não é objetivo no sentido alheio ao subjetivo, mas no sentido de *objetivado*. Compreende aquilo do tipo que tem que se encontrar objetivado no mundo exterior”.

1.3.1 Conduta – ação em sentido amplo:

O conceito finalista de teoria da ação foi desenvolvido pelo Alemão Hans Welzel (TOLEDO, 2001, p. 95-96) no início do século XX, mais precisamente no artigo publicado em 1931 com o título *Kausalität und Handlung* (causalidade da ação)²

Para Welzel (1970, p. 53, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 36):

a ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer ‘final’ e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em

² Obra de Welzel publicada sobre o nome em alemão *Das neue Bild des strafrechtssystems*, Prefácio à 4. ed, p. IX.

razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente.

Desse modo, diferentemente do que era proposto pela teoria da causalidade, segundo a posição desse autor, toda finalidade da ação tem como fundamento uma a capacidade volitiva do agente, que, desta feita, pode prever os objetivos e as consequência de seu (s) ato (s).

Sem um caráter volitivo, caracterizado por ser a força motriz que impulsiona o agente a modificar o mundo externo frente à sua finalidade, não há que se falar em ação, uma vez que a finalidade é “vidente”, enquanto a causalidade é “cega” (WELZEL, p. 25, apud, CONDE; BITENCOURT, 2004, p. 37).

Dito isso, podemos dividir a direção final da ação em dois conjuntos (WELZEL, p. 26-27, apud, CONDE; BITENCOURT, 2004, p. 37): o primeiro, de caráter subjetivo e o segundo, de caráter objetivo.

A direção subjetiva versa sobre acontecimentos no campo intelectual, ou seja, internos ao agente. Nessa hipótese, são considerados seus objetivos, os meios escolhidos para a execução do delito e as consequências da relação entre meio utilizado e a finalidade almejada (WELZEL, p. 26-27, apud, CONDE; BITENCOURT, 2004, p. 37).

A objetiva, por sua vez, ocorre no mundo fatídico, ou seja, exterior, fora da subjetividade do indivíduo. Nesse conjunto, analisa-se a execução do agente, a qual está dominada pela finalidade e pautada pelos seus desígnios internos - seus pensamentos e aspectos volitivos - os quais são exteriorizados pela ação. Assim, caso o agente não consiga, de fato, uma produção do resultado, a ação será apenas considerada como uma tentativa (WELZEL, p. 26-27, apud, CONDE; BITENCOURT, 2004, p. 37).

Todavia, embora tal teoria tenha conseguido explicitar o caráter da finalidade do agente, sofreu variadas críticas, uma vez que não abordou como ocorreria a causalidade nos crimes culposos (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 38).

Desta feita, Welzel reelabora sua teoria e, deste modo, compara a “direção finalista da ação realizada com a direção finalista exigida pelo Direito. O fim pretendido pelo agente geralmente é irrelevante, mas não os meios escolhidos ou a forma de sua utilização” (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 39).

Com isso, já explicitada a matéria relativa à Teoria Finalista, partiremos para a análise da conduta humana, a qual pode ser interpretada tanto como uma ação, como uma omissão, ou seja, um agir ou uma inatividade perante o mundo exterior (TOLEDO, 2001, p. 82).

Desse modo, importante lembrar que, como já abordado anteriormente, para configurar a ação em sentido amplo, não basta que um fato ocorra perante o mundo fatídico, mas também deve vir acompanhado do caráter volitivo (TOLEDO, 2001, p. 83) – desenvolvido sob o domínio da vontade do agente – de modo que casos de força maior e fortuitos corroboram para a não culpabilidade da conduta praticada.

Nesse viés, imprescindível que a voluntariedade se faça necessária tanto para configuração de uma ação dolosa, quanto de uma ação culposa. Contudo, a diferença entre elas, nas palavras de Toledo (2001, p. 83) é que:

[...] na primeira, a voluntariedade alcança até o resultado da conduta; na segunda, a voluntariedade vai só até a causa do resultado não querido. A voluntariedade é que dá o conteúdo intencional – ou finalístico – de toda ação relevante para o direito penal, distinguindo-a de meros ‘fatos’, isto é, dos acontecimentos físicos ou daqueles produzidos pelas mãos do homem, mas sem a intervenção da vontade.

Portanto, em uma análise jurídica, só poderá ser fato penalmente relevante a ação exteriorizada dotada de finalidade, pois está particularmente ligada à vontade humana.

No tocante à culpa, a finalidade do agente resulta irrelevante à análise fatídica, todavia, os meios que deliberou são de total relevância para culpabilidade. Assim leciona Cerezo Mir (1985 e 1990, p. 279, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 39):

[...] o homem que dirige um veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre, realiza uma ação finalista: conduzir o veículo. O fim da ação – ir a um lugar determinando – é jurídico-penalmente irrelevante, O meio escolhido – o automóvel – também o é, neste caso. No entanto, é jurídico-penalmente relevante a forma de utilização do meio se o motorista, por exemplo, o conduz em velocidade excessiva.

Nesse viés também ressalta Toledo (2001, p.102) que mesmo em um exame superficial da causa fatídica, pode-se verificar que nos delitos culposos, não há que se olvidar de uma inobservância ou descumprimento dos ditames normativos que, por sua vez, já apresentam um aspecto de manifestação voluntária, por conseguinte, finalista.

Todavia, importante destacar que os conceitos “domínio de vontade” – aspecto volitivo do agente – e “finalidade” – objetivo, fim da conduta do agente – não podem ser

confundidos, pois embora o primeiro seja essencial para conjectura do segundo, há “variação de graus, ou de intensidade” entre eles (TOLEDO, 2001, p. 102).

Portanto, para ser sujeito ativo do crime, ou seja, aquele que pratica os elementos do tipo penal descrito na norma, deve sempre haver um plano de fundo volitivo e finalista.

1.3.2 Resultado

O resultado representa uma consequência externa, cuja causa corresponde à manifestação da vontade do agente (TOLEDO, 2001, p. 151). Desta forma essa conduta pode ser responsável por produzir ou não um resultado que tenha cunho naturalístico (GRECO, R. 2011, p. 214). Todavia, sem exceção, acabam produzindo um resultado jurídico, o qual pode ser entendido como uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico, cuja lei penal busca proteger e tutelar.

De um ponto material (BITENCOURT, 2015, p. 354), temos um resultado sendo parte da composição do próprio tipo penal, ou seja, este exige a realização daquele para sua consumação. No entanto, de um ponto de vista naturalístico (BITENCOURT, 2015, p. 354), podemos verificar um resultado a partir de uma “sensível modificação no mundo exterior”.

Partindo de uma análise doutrinária naturalística, admite-se, pois, crimes em que o resultado não é mais exigido. Desse modo, o legislador, por uma análise teleológica, não visava estipular um resultado esperado para a infração penal, uma vez que esta seria capaz de ser consumada anteriormente ao próprio resultado que, poderia ocorrer ou não (BITENCOURT, 2015, p. 354).

Nesse ponto do estudo, imprescindível apresentar uma diferença conceitual (BITENCOURT, 2015, p. 282) para evitar más interpretações sobre posições doutrinárias. O resultado pode ser analisado sobre a égide de um “conceito jurídico de ofensa (dano ou perigo)”, relacionado ao bem jurídico protegido por parte da norma penal. Desta visão, Bitencourt (2015, p.282) entende que como se tem uma proteção ao bem jurídico tutelado, é forçoso, portanto, o reconhecimento – por meio do *princípio da ofensividade* – que, nesse ponto, não há crime sem resultado.

Entretanto, em continuação a tais constatações, também esclarece que há uma diferença entre “ofensa ao bem jurídico” e “resultado da ação em termos naturalísticos”, haja vista aquele ser uma “valoração jurídica deste” (BITENCOURT, 2015, p. 354).

Nesse diapasão a doutrina define o resultado dos crimes em três espécies: material, formal e de mera conduta.

O crime material corresponde a uma conduta em que o legislador exige o resultado para sua efetiva consumação (BITENCOURT, 2015, p. 281).

Já no que se refere ao crime formal, embora haja a descrição da conduta e do resultado punível, este não é exigido para a consumação do delito (BITENCOURT, 2015, p. 281).

Por fim, resta abordar o conceito de crime de mera conduta. Segundo Rogério Sanches (2015, p. 160), o crime de mera conduta tem por característica própria dispensar o resultado do crime, uma vez que apenas descreve a conduta a ser criminalizada, todavia, em nenhum momento menciona um eventual resultado naturalístico. Desse modo, o agente será punido basicamente por sua simples atividade. Exemplo: porte ilegal de arma e violação de domicílio.

1.3.3 Nexo de Causalidade

O nexos de causalidade é a parte do tipo penal que representa uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado por ela causado (BITENCOURT, 2015, p. 354-355).

Nesse sentido, Greco (2011, p. 213) dispõe que:

O nexos causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele seu causador.

Como leciona Bitencourt, Conde (2004, p. 152): “a relação de causalidade nada mais é do que a *imputação física* do crime ao autor da ação produtora do resultado”.

O Código Penal, por sua vez, em seu art. 13, assim dispõe sobre a relação de causalidade:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem

a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desse modo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da equivalência das condições (REALE JR., 1998, p. 172), cujo desenvolvimento teve por objetivo interpretar como causa do resultado, todas as condições que estivessem relacionadas de modo imprescindível à sua produção.

Nesse diapasão, partindo do brocardo latino: *conditio sine qua non*, ou seja, deve-se analisar a condição sem a qual o resultado não aconteceria da mesma forma. Portanto, como leciona Reale Jr. (1998, p.176): “todas as condições, que a eliminação a *posteriori* revela serem necessária à produção do evento, são equivalentes”.

Todavia, não menos importante explicar tais disposições:

Não se deve fazer uma verificação meramente formal da modificação causada pela conduta do agente, imperioso, pois analisar os critérios subjetivos (REALE JR., 1998, p. 176-177) que motivaram o seu agir e relacioná-los com o resultado – modificação do mundo externo. Desta feita, o resultado deve ser analisando segundo a análise subjetiva do agente (TOLEDO, 2001, p. 113).

Com isso, a causalidade deve ter relevância somente quando estiver relacionada com a capacidade do agente vislumbrar ou, pelo menos, tiver a possibilidade de vislumbrar uma conduta prevista e, portanto, por ele antecipada.

Nesse viés, possível, pois, limitar interpretações, estudos e elucubrações que possam, em tese, fazer o mau uso desta teoria, de modo a evitar uma situação *ad infinitum* de nexos de causalidade. Deste modo, o dolo e a culpa são fatores limitadores dessa possível interpretação infinita da cadeia de causalidade (TOLEDO, 2001, p. 113), sendo necessário, portanto, a análise do aspecto psicológico do agente causador da conduta (REALE JR., 1998, p. 176-177).

Ainda, a teoria da causalidade é restrita e só tem aplicação para os crimes de ordem material – aqueles que se exige um resultado para consumação, de modo que tal teoria é excluída quando na ocorrência de delitos de mera conduta ou atividade, em que há punição sem preocupação com o resultado (TOLEDO, 2001, p. 113-114).

1.3.4 Tipicidade (Formal e Conglobante)

A tipicidade nos dizeres de Muñoz Conde (1998, p. 41, apud, GRECO, R., 2011, p. 156): “é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal”.

Portanto, além mesmo de um fato ser composto por uma conduta do agente, a qual dever ser dolosa ou culposa, bem assim comissiva ou omissiva; ter um resultado, conectado por um nexo de causalidade com a conduta, é imprescindível que esta se “amolde” a uma disposição normativa (GRECO, R., 2011, p. 156).

Tal ação a ser amoldada/adequada ao dispositivo legal – modelo abstrato – cria, por sua vez, duas modalidades a serem analisadas em relação à tipicidade: a primeira, tipicidade formal; a segunda, tipicidade material (GRECO, R., 2011, p. 157). Todavia, basta ressaltar que mencionada adequação, não pode ser parcial para ser enquadrada no tipo penal. A conduta somente será considerada crime, se estiver totalmente adequada aos dizeres normativos, sob pena de ser considerado um fato atípico.

Para fins exemplificativos de tipicidade formal, pode-se citar um caso muito recorrente na *práxis* jurídico-penal brasileira, como ocorre com o “furto de uso”:

Assim dispões o artigo 155 do Código Penal: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Em nenhum momento verificamos no artigo em comento menção à subtração de objeto alheio para simplesmente utilizá-lo sem intenção de tê-lo. Portanto, o agente que esta consumando esta conduta, não incorre (GRECO, R., 2011, p. 156) em qualquer crime, haja vista não haver previsão legal para esse caso em específico.

Contudo, não basta adequação das formalidades da conduta com a lei penal, diante disso é necessário que a conduta também se subsuma a uma tipicidade material.

A tipicidade material (GRECO, R., 2011, p. 157) depende de alguns fatores que devem ocorrer para ser concretizada. O primeiro a ser analisado corresponde à conduta do agente que deve ser antinormativa, ou seja, ir contra os dizeres da lei; o segundo ponto, correspondente ao potencial lesivo da conduta em relação ao bem jurídico protegido pela lei.

Nesse sentido, pode-se exemplificar, de modo a estudar a tipicidade material, a seguinte situação:

Em um via, um homem médio, ao fazer uma manobra dotada de imprudência, acaba por acertar um transeunte que por lá passava. Todavia, como resultado deste encontro, houve somente um leve arranhão na perna do pedestre (GRECO, R., 2011, p. 159).

Analisando o caso em comento, temos uma conduta (ação de dirigir de modo imprudente pelo motorista), um resultado (arranhão na perna do pedestre), um nexos de causalidade (conexão entre a conduta de imprudência com o resultado do arranhão na perna do pedestre) e, por fim, uma tipicidade do tipo formal, haja vista a existência de um tipo penal prevendo tal situação abstrata (GRECO, R., 2011, p. 159).

Contudo, quando analisamos na seara da tipicidade material, não há que se afirmar uma total conformidade com seus critérios de ocorrência, uma vez que no caso acima apresentado, verifica-se apenas um enquadramento parcial.

Primeiramente, quanto à relação antinormativa não há que se olvidar que a conduta do agente não é fomentada pelo aparato Jurídico-Estatal, deste modo, a imprudência do agente esta diretamente amoldada de modo contrário aos ditames da lei.

No entanto, quando analisamos tal situação diante de um ponto de vista do bem jurídico a ser protegido, verifica-se que não são todos os tipos de lesões corporais (GRECO, R., 2011, p. 159) que são suficientes para movimentar o Estado Punitivo, senão àquelas que realmente tenham alguma importância à proteção do bem jurídico, que no caso exemplificado é a proteção da pessoa (Título I, da parte Especial do Código Penal).

Diante dessa relevância necessária para o bem jurídico a ser protegido, imprescindível, pois, fazer referência sobre o princípio da insignificância introduzida por Roxin (1972, p. 53, apud, TOLEDO, 2001, p. 133), cujo entendimento elaborado ensina que, em suma maioria, é permitido haver exclusão dos danos devido à sua pouca importância. Nessa perspectiva, o Direito Penal, não deve se preocupar com bagatelas, somente protegerá o que realmente for necessário para o bem jurídico.

Por fim, diante do estudo elaborado, importante ressaltar também qual será o momento da adequação típica da conduta do agente com o tipo penal a ser amoldado. Esta divisão correspondente a uma adequação do tipo imediata e mediata.

A adequação imediata (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 142) surge quando a conduta praticada pelo agente imediatamente se amolda ao tipo penal. Por exemplo, sob a

análise do art. 121 do Código Penal³, quando um agente tira a vida de alguém, tal ação, de modo direto, subsume-se ao disposto no conteúdo normativo. Em nenhum momento é imprescindível que haja necessidade de concorrência de outro tipo normativo, para que a conduta incorra na norma incriminadora.

Entretanto, não são em todos os casos que isso é verificado, por isso a existência da adequação típica mediata (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 142), ou seja, aquela que necessita, para haver enquadramento em seus critérios, de uma concorrência com outra norma, cujo caráter não seja primário, mas secundário, que de certo modo estenda o ditame normativo. Para tanto, há que se analisar as circunstâncias de tentativa, em que há, nos dizeres de Bitencourt e Conde (2004, p. 142), uma “ampliação temporal da figura típica”.

1.4 ANTIJURIDICIDADE

O termo antijuricidade corresponde a um sinônimo do termo ilicitude. É a proibição direta normatizada pelo ordenamento jurídico, que tem por objetivo proteger o bem jurídico. Muitas vezes é entendida (SAUER, 1956, p. 101-111; FERREIRA, M.C., 1961, apud, REALE JR., 1998, p. 41) como uma “nocividade social”, uma “deformação da realidade”, a “tendência danosa de uma conduta”.

Conforme dispõe Greco (2011, p. 307): “é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”. Nesse mesmo sentido, leciona Toledo (2001, p.163): “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídica tutelado”.

Diante desta última visão proposta por Francisco de Assis Toledo, dispõe Greco (2011, p. 308) sobre a necessidade de uma distinção entre ilicitudes formais (conduta do agente em contrariedade à norma), bem assim ilicitude material (conduta deve ser suficiente para causar uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma)

Entretanto, embora haja tal distanciamento entre mencionadas concepções, com o fim de analisar a antijuricidade sobre um aspecto dualista, há que se ressaltar a predileção por

³ “Art. 121. Matar alguém”.

parte da doutrina majoritária no sentido de unir tais definições para uma visão única de antijuricidade - somente “material”.

Diante disso, podemos verificar a lição de Bettioli (1977, p. 381-382, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 224-225) que entendia ser desnecessária tal divisão, haja vista ser “antijurídico apenas aquele fato que pode ser julgado lesivo a um bem jurídico. Fora desse conteúdo, a antijuridicidade não existe”.

Nesse viés, há que se entender que, de fato, não há, uma antijuridicidade formal – “uma simples infração de um dever, uma desobediência à norma” –, contudo somente uma antijuridicidade do tipo material – “constituída pela lesão de um bem jurídico tutelado por essa mesma norma” (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 225).

Ademais, deve-se ter um acatamento para que não haja confusão entre os termos “injusto” e “antijuridicidade”, pois, nos dizeres de Jeschek (1981 e 1993, p. 315, apud, BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 221): “antijuridicidade é a contradição da ação com uma norma jurídica. *Injusto* é a própria ação valorada antijuridicamente”.

Portanto, para fins exemplificativos, com base nas lições de Bitencourt e Conde (2004, p. 221), podemos traduzir o injusto sendo um substantivo de que a antijuridicidade é o predicado.

Desse modo, se ilustrarmos com a *práxis*, por exemplo, uma análise sobre um caso de furto – este ato, por si, seria considerado como injusto, todavia, no que diz respeito à análise da antijuridicidade, esta versaria sobre a qualidade dessa ação, o desencontro com os ditames da norma jurídica (WELZEL, 1970 e 1964, p. 53 e 25, apud, BITENCOURT; CONDE, p. 221).

Ademais, deve-se tomar cuidado com certas definições diante de visões parciais de algumas análises. Welzel (1970, p. 76, apud, BITENCOURT; CONDE, p. 221) em seus estudos, nos alerta para o cuidado que devemos ter entre conceitos como “antinormatividade” e “antijuridicidade”.

Com isso, nos seus dizeres: “toda realização do tipo de uma norma proibitiva é certamente antinormativa, mas nem sempre é antijurídica”; tal interpretação doutrinária deve-se ao fato de a norma jurídica nem sempre se abastar com notas proibitivas, mas valer-se outrossim de normas permissivas.

Portanto, na mesma linha de Welzel (1970, p. 76, apud, BITENCOURT; CONDE, p. 222), o conceito de antijuridicidade é: “a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)”.

O ordenamento jurídico brasileiro (GRECO, R., 2011, p. 309), partindo de um conceito analítico de ilicitude adotou teoria da *ratio cognoscendi*, cujo tema é preterido e adotado por suma maioria dos doutrinadores. Determinada teoria nos ensina que geralmente todo fato típico, em tese, pressupõe-se ilícito, salvo em circunstância em que a conduta estiver justificada por um amparo legal – exemplo clássico é a legítima defesa.

No caso de legítima defesa, o agente com *animus defendendi*, pode se valer, por exemplo, de uma faca para evitar que alguém que começou o agredir injustamente em um almoço ofenda a sua integridade física. Desse modo, o ato de repelir pode gerar ferimentos perfuro-cortantes no agressor (GRECO, 2011, p. 310).

Se adotarmos a teoria da *ratio cognoscendi* para o exemplo em comento, tem-se que o ato de se defender com uma faca e causar lesões, mesmo que no âmbito da defesa, subsume-se a um fato típico (GRECO, R., 2011, p. 310).

Todavia, como está amparado por uma causa de justificação – ou seja, sua legítima defesa – não há que se pressupor eventual contrariedade ao ordenamento jurídico penal, haja vista tal permissão estar delimitada no artigo 23, II do Código Penal.

Ainda, diante deste cenário, importante também explicitar, mesmo que de modo breve, as causas excludentes de ilicitude normatizadas no art. 23 do Código Penal Brasileiro.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nesse sentido, como leciona Aníbal Bruno (1967, p. 365, apud, GRECO, R., 2001, p. 310):

[...] pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como ilícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São

situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuricidade, justificativas ou discriminantes.

1.5 CULPABILIDADE

O estudo da culpabilidade faz parte da visão analítica do conceito de crime, já abordada acima como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável. Desse modo, a culpabilidade conceituada na lição de Prado (2015, p. 197), remete-se a um: “juízo de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter atuado conforme a norma, quando podia fazê-lo”.

Portanto, nesse diapasão, resta claro que caso houvesse alguma condição do agente ter atuado de modo diferente de sua conduta típica e ilícita, sua conduta não seria culpabilizada (PRADO, L. R., 2015, p. 197).

Assim, quando se utiliza de uma ação típica e ilícita, salvo condições excludentes de culpabilidade – inimputabilidade, não ter potencial consciência da ilicitude, bem assim não haver meios de utilizar conduta diversa – será o agente culpabilizado pelo que dispôs a fazer.

Reale Jr. (1998, p.156), todavia, leciona de modo diverso:

A culpabilidade normativa, ao contrário da culpabilidade em sentido psicológico, que não admite outra relação que não seja existente entre o agente e o fato, não se limita a valorar o ato, mas estende sua apreciação à personalidade do autor, assim como atenta para a relação existente entre o comportamento e a personalidade do agente.

Nesse mesmo sentido leciona Toledo (2001, p.251), baseado nos estudos de Bettiol e Petrocelli, dispondo que a posição de Miguel Reale Jr. refere-se a um ponto de vista moderado, cujo uso é feito tanto pelo Código Penal Brasileiro, bem assim em países como Itália e Alemanha.

Assim, a culpabilidade sob o âmbito do “fato individual” (PRADO, L. R., 2015, p. 197) está relacionada ao agir, a conduta do agente (Direito Penal do Fato), todavia, não por características do autor, ou características intrínsecas ao agente (Direito Penal do Autor).

Entretanto, tal análise deve sempre se referir a um padrão – o do “homem médio”; ou seja, o ser humano que não contenha anomalias mentais, ou alguma incapacidade de

compreender parcialmente ou totalmente a conduta que esteja realizando. Dessa forma dispõe o Código Penal em seu artigo 26:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Com isso, tem-se que a conduta do agente depende de dois aspectos a serem analisados (PRADO, L. R., 2015, p. 199): “cognoscitivo ou intelectual” e “volitivo ou de determinação da vontade”, sendo que o primeiro diz respeito à capacidade inerente ao agente de entender e compreender a ilicitude do fato que está realizando; já o segundo, delibera sobre a relação entre uma conformidade da conduta com a compreensão do ato realizado.

Nesse sentido, diante das teorias desenvolvidas sobre a culpabilidade, o Código Penal, adotou o sistema misto ou biopsicológico (PRADO, L. R., 2015, p. 198), o qual está presente no art. 26, acima exposto.

Tal teoria é uma fusão de teorias sobre o sistema biológico – tem como estudo eventual doença mental do agente em uma análise de patologia clínica -, bem assim o sistema psicológico, o qual exclui fatores exteriores ao momento da realização do fato, analisando unicamente as condições psicológicas em que o agente estava inserido no momento da realização de sua conduta.

Torna-se, consubstanciado, nos próprios dizeres de Toledo (2001, p. 251): “o *fato-do-agente*, mas não se coloca totalmente entre parêntesis o *agente-do-fato*. O agente, porém, vem considerado em um momento posterior, dando-se inteira precedência ao fato”.

Portanto, conclui-se que diante de tal teoria, serão analisadas situações exigidas na ocasião da conduta – eventual doença mental ou desenvolvimento mental incompleto/retardo mental; bem assim eventual incapacidade completa de entender o fato que está realizando, o que, em síntese, elimina às condições atribuídas à realização da conduta por um homem médio (PRADO, L. R., 2015, p. 199).

Ademais, não menos importante apresentar que a imputabilidade também se relaciona com a idade do agente, podendo, desse modo, ser “inimputável, por absoluta presunção”, a pessoa que cometer um fato típico e ilícito que tenha menos de 18 (dezoito) anos à época, de modo que, por um exclusão adotada pelo código penal, com fulcro no critério biológico do

agente, evita a sua culpabilidade com base no Código Penal, ficando, portanto, à disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente (PRADO, L. R., 2015, p. 199).

Apesar de tais referências, ainda há uma situação apresentada pela doutrina, a qual vem encontrando uma situação “fronteiriça” entre a imputabilidade e a inimputabilidade, qual seja, a “semi-imputabilidade” (PRADO, L. R., 2015, p. 199).

Nesse caso, por não haver uma precisão entre um padrão entre uma saúde mental completa/desenvolvida e uma eventual insanidade, classifica-se o agente em um padrão intermediário. Para tanto, dispõe o Código Penal Brasileiro que haverá uma redução da pena imposta, a qual será fundamentada de acordo com o potencial conhecimento sobre a culpabilidade e ilicitude do fato que realizou à época.

Tal sistema adotado chama-se “vicariante” (PRADO, L., 2015, p. 199), possibilitando ao semi-imputável, ora a redução da pena, ora tratamento ambulatorial, bem assim internação em hospital psiquiátrico, a serem delimitados pela Medida de Segurança.

2 MODALIDADES DE CRIMES: UMA ANÁLISE QUANTO AO MOMENTO DA CONSUMAÇÃO

De acordo com a análise doutrinária de modalidades de crimes, estes podem ser divididos em: crimes instantâneos, crimes permanentes e crimes instantâneos de efeitos permanentes (CUNHA. R. S., 2015, p. 161).

2.1 CRIMES INSTANTÂNEOS

Na lição de Rogério Sanches Cunha (2015, p. 161) podemos verificar que o crime instantâneo corresponde à consumação em um momento imediato, não há que se falar em prolongações. Todavia, imprescindível a ressalva de que isso não impõe que o crime ocorra rapidamente, a imediatez nada tem a ver com a rapidez com que a conduta é consumada, mas sim com o momento em que “reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente”.

Para fins exemplificativos (PRADO, L. R., 2015, p. 113) tem-se os seguintes crimes: (art. 140: crime de injúria; art. 146: constrangimento ilegal).

2.2 CRIMES PERMANENTES

O crime permanente (CUNHA. R. S., 2015, p. 161), por sua vez, não é aquele que se consuma de imediato, mas o que a execução se protraí no tempo, haja vista a conduta utilizada pelo sujeito ativo. A consumação de mencionado tipo de crime é alongada no tempo por força da vontade do agente (PRADO, L. R., 2015, p. 113), haja vista durar na “invasão da área protegida pelo tipo legal” (SANTOS, J.C., 2014, p. 111).

2.3 CRIMES INSTANTÂNEOS DE EFEITOS PERMANENTES

Por fim, temos os crimes instantâneos de efeitos permanentes, cuja consumação ocorre em um momento específico, imediato, todavia, os seus efeitos são permanentes, ou seja, como

afirma Bitencourt e Conde (2004, p. 24) “[...] que a permanência não depende da continuidade da ação do agente”.

Para fins exemplificativos (BITENCOURT; CONDE, 2004, p. 26), podemos citar os crimes de homicídio e furto.

A análise dessas modalidades de crimes será importante para tratar do início do prazo prescricional dos casos de lavagem de dinheiro.

3 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

A punibilidade corresponde a uma das consequências face à conduta de um agente que agiu contra o ordenamento jurídico brasileiro lesando, pois, um bem jurídico protegido. Nos dizeres de Greco (2011, p.685): “a punibilidade é uma consequência natural da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável levada a efeito pelo agente”.

Contudo, é importante ressaltar que mencionado instituto consubstanciado no art. 107 do código penal, não configura um rol taxativo (BITENCOURT, 2015, p. 881), haja vista haver outras causas de extinção da punibilidade da pretensão punitiva do Estado em demais dispositivos do Código Penal, bem assim em legislações esparsas do Ordenamento Jurídico.

Para fins exemplificativos, tem-se a *restitutio in integrum* (art. 249, §2º), o *perdão judicial* (art. 121, § 5º; 129, §8º; 180, §3º; 181; e 348, §2º, do Código Penal), as hipóteses do art. 7, §2º, *b* e *e*, do Código Penal; o pagamento do tributo ou contribuição nos delitos definidos na Lei 8.137/90 (art. 34, da Lei 9.249/95); o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, etc.

Dessa forma, o que procura extinguir é o chamado *ius puniende* Estatal. Nesse sentido entende Prado (2015, p. 464) que as causas de extinção de punibilidade, implicam, por sua vez, um não agir do Estado, uma inércia em relação ao seu poder-dever de punir, haja vista ter ficado inerte em relação a uma eventual aplicação de pena, não ter executado ou interrompido alguma situação de cumprimento de pena que já tenha sido aplicada.

Assim dispõe o Código Penal sobre a extinção de punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

3.1 PRESCRIÇÃO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

Muito embora, haja determinadas causas de excludente de punibilidade, nesse tópico iremos estudar os limites e as características da prescrição.

Diante dessa análise, leciona Cirino dos Santos (2014, p. 653): “a prescrição determina a perda do direito de exercer a ação penal por fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra autores de fato puníveis, pelo decurso do tempo”.

Neste diapasão, temos as seguintes situações: um Estado que perde a pretensão punitiva ou perde o direito de executar a sua pretensão executória. A primeira corresponde a uma perda do exercício da ação penal, já a segunda, por sua vez, está relacionada com a perda do direito de uma eventual execução da pena (SANTOS, J. C., 2014, p. 653).

Ainda, frisa-se a importância de alguns fundamentos políticos que foram responsáveis pela necessidade da adoção da prescrição como um meio de extinção da punibilidade; dentre elas, temos as seguintes situações (BATTAGLINI, G., 1973, p. 82, apud, BITENCOURT, 2015, p. 890): o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; o Estado deve arcar com a sua inércia e o decurso do tempo enfraquece o supor probatório.

Em primeira análise, sobre o decurso do tempo que leva ao esquecimento do fato, tem-se que após determinado tempo, haja vista a ausência de reação Estatal em relação ao delito cometido, tal situação acaba sendo atenuada. Nesse sentido, leciona Giulio Battaglini (1973, p. 82, apud, BITENCOURT, 2015, p. 890): “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou enfraquece”.

Além disso, cabe ressaltar que o decorrer do tempo acaba por distanciar o “alarma social”, este que era responsável pela necessidade da repressão Estatal. Dessa forma, se mesmo com essa necessidade, o Estado nada faz, há que considerar uma diminuição inversamente proporcional do “alarma social” com o decorrer do tempo, de modo que, quanto mais este aumenta, aquele diminui.

Com isso, importante analisar que aquilo que foi a consequência de uma movimentação de punibilidade, não mais urge essa ação Estatal, haja vista a perda do

interesse punitivo da sociedade (BETTIOL, 1977, p. 199, apud, BITENCOURT, 2015, p. 890).

Em segundo plano, conforme o decurso do tempo que leva à recuperação do criminoso (BITENCOURT, 2015, p. 890), temos que há relações do fundamento estrutural da pena no que se refere ao objetivo de recuperar o agente de suas inadequações frente ao ordenamento jurídico protegido e, portanto, ressocializá-lo.

Tal análise é muito bem retratada nas situações em que o réu acaba por não mais praticar outros crimes, de fato que, o caráter ressocializador da pena perde sua função, uma vez que o agente, por suas próprias circunstâncias parou de delinquir.

Em terceiro lugar, está a análise do Estado que deve arcar com as consequências de sua inércia. Neste caso a própria Constituição Federal de 1988 prevê que somente algumas exceções serão imprescritíveis (art. 5º, XIII⁴ e XIV⁵).

Portanto, *ad argumentandum* não há que um agente fique amarrado a um prazo prescricional *ad infinitum*, haja vista a inércia do Estatal. Desse modo, como o Estado não realizou o seu dever, qual seja, de atribuir a justiça em tempo hábil, diante da conduta causada pelo agente, este não poderá arcar com ônus de completa inércia daquele (BITENCOURT, 2015, p. 890).

Por fim, cabe analisar a problemática do decurso do tempo que acaba por enfraquecer o suporte probatório em um caso prático. Nesse viés, há que ressaltar (BRUNO, A., 1967, apud, BITENCOURT, 2015, p. 891), uma relação direta entre o “hiato temporal” e a diminuição das perspectivas para obtenção de provas que possam, eventualmente, corroborar para a investigação de um fato típico, ilícito e culpável.

Após apresentar o conceito de prescrição e seus fundamentos políticos, importante delimitarmos os tipos de prescrição, as quais o Código Penal adota em seu aspecto normativo.

3.1.1 Prescrição antes do trânsito em julgado de sentença criminal: condições e prazos

⁴ Art. 5º, XLII, da CF/88 – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁵ Art. 5º, XLIV, da CF/88 – “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Em um primeiro cenário, tem-se a prescrição, cuja ocorrência se dá antes do trânsito em julgado de sentença criminal. Essa situação versa sobre a perda da pretensão punitiva ou do exercício de uma ação penal contra um indivíduo, cuja regulamentação é atribuída aos limites máximos da pena privativa de liberdade correspondente ao crime praticado (SANTOS, J. C., 2014, p. 653-654).

Assim dispõe o Código Penal:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No estudo em comento, a prescrição do art.109 recebe o nome de “prescrição abstrata” (BITENCOURT, 2015, p. 892). Esse nome advém do fato de ainda não ter sido concretizada uma pena para o agente, a qual seria utilizada como um parâmetro para o cálculo prescricional.

Nesse sentido, pode-se encontrar no pensamento de Prado (2015, p. 481) a seguinte lição: “quando a prescrição da pretensão punitiva baseia-se na pena em abstrato, deve-se considerar, para efeito de contagem do prazo prescricional, o limite máximo previsto para a pena privativa de liberdade cominada ao delito perpetrado (art. 109, caput, CP)”.

Ainda, nessa ocasião, os prazos prescricionais terão início em três situações:

A primeira refere-se ao momento em que houve a consumação do crime; a segunda, ao momento em que a atividade criminosa teve seu fim, nesse caso, a abordagem refere-se aos

crimes tentados; e, por fim, a terceira relaciona-se ao fim da permanência da conduta criminosa nos crimes ditos permanentes (SANTOS, J. C., 2014, p. 654).

Dessa forma dispõe o Código Penal:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Redação dada pela Lei nº 12.650, de 2012)

Nesse caso, é imperioso analisar que o prazo relativo à prescrição da pretensão punitiva Estatal tem seu termo *a quo* demarcado pelo momento da ocorrência do resultado formal ou material do crime. Todavia, tal disposição não ocorre da mesma forma para os crimes tentados, uma vez que estes começam a ser contados do final da conduta delituosa, haja vista não existir resultado para essas hipóteses (SANTOS, J. C., 2014, p. 654).

3.1.2 Prescrição posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória: conceito e prazos.

Por outro lado, há também o tipo de prescrição que ocorre posteriormente ao trânsito julgado de sentença condenatória, tal situação é tipificada pelo art. 110 e art. 110 §1º do Código Penal Brasileiro.

Desse modo dispõe mencionado dispositivo:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena

aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Tem-se que o prazo prescricional da pretensão executória do Estado, somente será contado (SANTOS, J. C., 2014, p. 655) com base na pena aplicada ao condenado, ou seja, a pena *in concreto* (BITENCOURT, 2015, p. 893), todavia, por disposição expressa do art. 109, do Código Penal, os prazos prescricionais serão os mesmos das situações de prescrição abstrata.

Nessa hipótese, há a perda da pretensão executória da pena, haja vista o Estado ter ficado inerte no que se refere à execução das penalidades imposta no âmbito da condenação. Contudo, embora haja limitação direta nas implicações da prescrição em relação à pena, os outros efeitos da punição estatal – penais e extrapenais – permanecerão ativos (BITENCOURT, 2015, p. 910).

Diante desse viés, como pressupostos da prescrição da pretensão executória encontram-se as seguintes circunstâncias: inoccorrência de prescrição da pretensão punitiva – abstrata, retroativa ou intercorrente; sentença condenatória irrecorrível; não satisfação da pretensão executória estatal (BITENCOURT, 2015, p. 910).

Em continuidade ao tema, tem-se a disposição presente no art. 112 do Código Penal que, nos casos contidos no art. 110 do mesmo dispositivo normativo, a prescrição terá o seu termo inicial:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Todavia, de acordo com o art. 112, inciso I, do CP, Bitencourt (2015, p. 914), em seus ensinamentos leciona que:

O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser intercorrente.

Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da intercorrente enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da executória, enquanto não for iniciado o cumprimento da

condenação, pois ambos inciam na mesma data, qual seja, o trânsito em julgado para a acusação.

Assim, resta necessário ter atenção aos fatores que se relacionam com a prescrição, principalmente no quanto disposto aos marcos da prescrição, de modo a verificar quando é o momento da prescrição intercorrente ou da executória.

3.1.3 Prescrição Retroativa

Esse tipo de prescrição foi parcialmente modificado após a promulgação da Lei nº 12.234/2010.

Anteriormente a essa Lei, o ordenamento brasileiro, haja vista a orientação da Súmula 146 Supremo Tribunal Federal⁶, adotava duas situações de prescrição retroativa, as quais eram delimitadas em períodos diferentes.

O primeiro período referia-se ao momento consubstanciado entre a data do fato criminoso e o momento do recebimento da denúncia; já o segundo, por sua vez, dizia respeito ao período compreendido entre o momento do recebimento da denúncia e a data da prolação da sentença condenatória. Contudo, no presente momento (SANTOS, J. C., 2014, p. 656-657), verifica-se uma parcial mudança nas diretrizes desse tipo de prescrição.

Com a novidade da Lei 12.234/2010, revogou-se o disposto no art. 110, § 2º do Código Penal, o qual versava sobre a possibilidade do primeiro período da prescrição retroativa – qual seja, o período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Entretanto, embora tenha ocorrido essa mudança normativa, o segundo momento da prescrição, qual seja – o período compreendido entre o recebimento da denúncia até a data da prolação da sentença condenatória -, manteve-se inalterado.

3.1.4 Prescrição intercorrente:

Este tipo de hipótese se assemelha com a prescrição retroativa no que se refere à aplicação da pena *in concreto*, ou seja, aquela aplicada na sentença condenatória. Entretanto,

⁶ “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

necessária explicitar que enquanto a retroativa está direcionada para períodos pretéritos à sentença condenatória, a intercorrente versa sobre situações subsequentes à sentença condenatória recorrível (BITENCOURT, 2015, p. 909-910).

Para que essa hipótese ocorra, são imprescindíveis a ocorrência de três pressupostos, os quais devem apresentar-se simultaneamente (BITENCOURT, 2015, p. 910): inoccorrência de prescrição abstrata e de prescrição retroativa, sentença condenatória e trânsito em julgado para acusação ou improvimento de seu recurso.

3.2. PRESCRIÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE OS NÍVEIS DE CONCRETIZAÇÃO DA PENA

Quanto aos níveis de concretização da pena, leciona Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 656) sobre a dificuldade encontrada nessas hipóteses para delimitar de modo preciso todas as situações em que há prescrição. Nesse sentido, mencionado doutrinador propõe quatro hipóteses de qualificações, quais sejam: “prescrição da pena cominada”, “prescrição intercorrente da pena aplicada”, “prescrição retroativa da pena aplicada” e “prescrição da pretensão executória da pena”.

Quanto à prescrição da pena cominada: a prescrição analisada está relacionada com a pena atribuída ao fato criminoso, ou seja, a pena cominada ao fato é responsável por definir os limites da prescrição da pretensão punitiva estatal (prescrição da ação penal), a qual estará intrinsecamente ligada ao máximo da pena abstrata determinada no tipo legal (SANTOS, J. C., 2014, p.656).

No caso da prescrição intercorrente da pena aplicada: a prescrição, nesse caso, parte de uma análise de aplicação de uma pena, todavia, sem a ocorrência do trânsito em julgado de sentença condenatória. Desse modo, será unicamente regida pela pena definida da sentença criminal (SANTOS, J. C., 2014, p.656).

Quanto à prescrição retroativa da pena aplicada: a hipótese em referência está relacionada com a pena aplicada, mas sob um viés posterior ao trânsito em julgado para acusação, ou de eventual decisão que julgue improvido o seu recurso. Para tanto, a retroatividade da prescrição será delimitada pela aplicação da pena concretizada na sentença condenatória e deverá ser contabilizada até o momento da denúncia ou queixa, jamais por termo *a quo* anterior à essas situações (SANTOS, J. C., 2014, p.656-657).

Por fim, a prescrição da pretensão executória: nesse caso, a prescrição ocorrerá com base na pena aplicada após o trânsito em julgado tanto para a acusação, bem assim para defesa. Ademais, cabe ressaltar que tal como a prescrição intercorrente, será delimitada com base na concretização da pena da sentença condenatória (SANTOS, J. C., 2014, p.658).

3.3. REDUÇÃO E AUMENTO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS:

O Ordenamento Jurídico Brasileiro adotou no Código Penal algumas hipóteses em que há redução do prazo prescricional, o qual está diretamente ligado ao caráter etário do agente que realizou uma conduta criminosa.

Dessa forma dispõe o Código Penal:

“Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Na primeira hipótese (SANTOS, J. C., 2014, p.658), o caráter etário do menor de 21 anos está intimamente ligado ao seu desenvolvimento psicossocial no momento da realização de sua conduta, ao contrário da segunda hipótese – 70 anos –, uma vez que esta se relaciona com o fator de degeneração psíquica do agente quando da data da sentença condenatória.

Nesse diapasão, importante, pois, ressaltar a lição de Bitencourt (2015, p. 928) sobre a nova interpretação do judiciário em relação ao tema. Segundo a abordagem deste doutrinador, o ordenamento jurídico passou interpretar a lei sobre um ponto teleológico, atendendo, pois, “à finalidade política do instituto da prescrição”.

Assim, valeu-se do exemplo abaixo para reforçar sua opinião sobre as novas interpretações do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema em análise:

[...] 3.A aplicação do artigo 115 do Código Penal reclama interpretação teleológica e técnica interpretativa segundo a qual não se pode extrair de regra que visa a favorecer o cidadão razão capaz de prejudicá-lo, restringindo a extensão nela revelada. 4. Conseqüentemente, há de se tomar a idade do acusado, não na data do pronunciamento do Juízo, mas naquela em que o título executivo penal condenatório se torne imutável na via do recurso (Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Inquérito nº 2.584/SP, relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 16 de junho de 2011). A extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em conta o benefício decorrente da senilidade (70 anos) - idade completada no dia seguinte à sessão de julgamento, mas antes da publicação e da republicação do acórdão

condenatório -, encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que preconiza deva ser considerado o benefício, ainda na pendência de embargos: Habeas Corpus nº 89.969-2/RJ, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 05.10.2007.

No tocante às causas de aumento (SANTOS, J. C., 2014, p.659 - 660) dos prazos prescricionais, essas circunstâncias estão relacionadas ao fato de o agente condenado ser reincidente. Desse modo, caso for, o prazo prescricional será aumentado de um terço.

Assim dispõe o Código Penal:

“Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”.

3.4 CAUSAS IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO

As situações referentes às causas impeditivas de prescrição estão relacionadas às situações necessárias para decidir sobre eventual aplicação de pena (SANTOS, J.C., 2014, p. 661). Desse modo, caso estejam presentes, interferirão de modo a impedir o decorrer do prazo prescricional.

Neste momento, imprescindível ressaltar que as classificações das causas impeditivas da prescrição – suspensão e interrupção do prazo prescricional (PRADO, L. R., 2015, p. 497) - estão intimamente ligadas ao momento do trânsito em julgado de sentença criminal (SANTOS, J.C., 2014, p. 661).

Na primeira hipótese, todo o período que for precedente à causa de suspensão da prescrição deverá ser contabilizado quando o prazo prescricional retomar ao seu decurso (GRECO, R., 2011, p. 719). Quanto à hipótese de interrupção, todavia, não haverá essa soma do período anterior à causa interruptiva. Dessa forma, quando estiver cessada o prazo prescricional, este começará a ser contado do zero (SANTOS, J.C., 2014, p. 662).

Segundo as lições de Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 661) e Luiz Régis Prado (2015, p. 497), a questão do trânsito em julgado pode ser disposta da seguinte forma:

Causas impeditivas da prescrição antes do trânsito em julgado, que correspondem às causas prejudiciais, sejam obrigatórias ou facultativas, bem como o fato de o agente estar cumprindo pena no estrangeiro.

Na primeira, pode-se exemplificar nas situações em que haja necessidade de uma decisão em um processo judicial de reconhecimento sobre eventual validade de um casamento anterior para solucionar causa de bigamia. Enquanto esta causa não for solucionada no âmbito cível, o processo penal será suspenso e, em decorrência disso, também o será a prescrição.

Desta feita, somente com o fim da causa responsável por suspender a prescrição é que o prazo prescricional terá seu retorno, somando-se, todavia, o intervalo temporal transcorrido.

No que se refere ao agente que cumpre pena no estrangeiro, este não pode ser extraditado, portanto, esse fator impede o regular decorrer do prazo prescricional (PRADO, L. R., 2015, p. 116).

Nesse sentido dispõe o código penal:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Ademais, também se encontram as causas impeditivas da prescrição depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, as quais correspondem às situações em que o condenado tenha sido preso por outro motivo.

Especificamente no que se refere ao âmbito das questões interruptivas da prescrição, tem-se a interrupção do prazo prescricional, haja vista eventos que tenham relação intimamente ligada com a pessoa ou com o processo em que o agente está inserido. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 662):

[...] cancelam o prazo de prescrição decorrido e determinam o início de novo prazo prescricional integral a partir do dia da interrupção – exceto na hipótese de cumprimento da pena (art. 117, V, CP, segunda hipótese), em que a prescrição é regulada pelo tempo restante da pena (arts. 113 e 117, §2º, CP).

Assim, podemos verificar tais situações exemplificadas segundo disposição do Código Penal:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) .

Por fim, diante do tema em apreço, temos que o dispositivo penal versa sobre a questão prescricional ligada às penas, de modo que as mais leves irão prescrever junto com as mais graves. De certo modo, tem-se que a prescrição, quanto às penas mais graves serão prescritas por um maior lapso temporal do que no caso de penas menos graves (SANTOS, J. C., 2014, p. 2014).

Dessa forma dispõe o Código Penal:

Art. 118 - As penas mais leves prescrevem com as mais graves. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

4 LAVAGEM DE CAPITAIS (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS)

A lavagem de capitais, ou como mais conhecida no nosso ordenamento jurídico e nos tribunais - lavagem de dinheiro -, fora construída sob a égide do *princípio da justiça penal universal* (BARROS, M.A., 2013, p. 33).

Desse modo, pode-se afirmar que ao inaugurar o tema acima tratado no nosso sistema penal, outrossim, partimos de vieses e entendimentos internacionais no âmbito jurídico e político, seja por determinados tratados e convenções internacionais, bem assim estratégias no sentido de políticas criminais transacionais (BARROS, M.A., 2013, p. 33).

4.1 RAÍZES HISTÓRICAS, DIMENSÕES E O SURGIMENTO DA EXPRESSÃO *MONEY LAUNDRY*

A lavagem de dinheiro é utilizada como um artifício da deliberação humana, que tem por objetivo atribuir ao provento do crime uma aparência lícita (BARROS, M.A., 2013, p. 33). De mais a mais, podemos analisá-la como um ponto de evolução sobre as determinantes criminais ao passar dos anos, uma vez que criminosos, passaram a adotar técnicas a fim de perpetrarem a suas finalidades e objetivos nesses atos.

Um nos pontos cruciais e iniciais dessas técnicas teve início com um dos mais famosos mafiosos ítalo-americanos na cidade de Chicago, por volta dos anos 1920 (BARROS, M.A., 2013, p. 33).

Nesse cenário, muito importante retratar o porquê do surgimento da expressão “lavagem de dinheiro” ou como difundido no inglês *money laundry*. Tal expressão fora difundida nas décadas de 1930 e 1940 por policias americanos, os quais se referiam aos crimes praticados por mafiosos que recorriam à exploração de máquinas automáticas para, de certo modo, valer-se da lavagem de roupas (BARROS, M.A., 2013, p. 33).

Nesse sentido, tais criminosos praticavam infrações e mascaravam a origem ilícita dos valores que galgavam, haja vista a combinação dessa receita com os valores provenientes dos acúmulos lícitos das lavanderias (BARROS, M.A., 2013, p. 33).

Com o passar dos anos, já por volta dos ano 1970 e os efeitos prejudiciais contínuos da atuação da máfia, países como a Itália e os Estados Unidos da América passaram a tentar,

malgrado os inúmeros combates com o crime organizado, a reprimir essa forma de atuação criminal (BARROS, M.A., 2013, p. 34).

Para tanto, embora a Itália tenha sido um dos países expoentes nessa batalha, há que se ressaltar a prevalência dos Estados Unidos, no tocante à maior efetividade de combate a essas técnicas e táticas de lavagem de dinheiro (BARROS, M.A., 2013, p. 34), como apresentado na promulgação do Ato de 1970 (*Bank Secrecy Act*).

No entanto, embora a lavagem de dinheiro tenha iniciado na primeira metade do século XX, a segunda metade foi o momento crucial para causar atenção da política internacional, haja vista o valor numérico de dinheiro lavado naquele momento (BARROS, M.A., 2013, p. 34).

Assim, inúmeras técnicas de repressão internacional surgiram para combater o crime organizado, o que, por sua vez, em contrapartida, causou táticas de inovação pelos criminosos que ainda vislumbravam a necessidade de lavagem para dar aparência lícita aos produtos provenientes dos crimes antecedentes. (BARROS, M.A., 2013, p. 34).

Nesse sentido, no final dos anos 80, em resultado às diversas práticas, agora mais sofisticadas, de lavagem de capitais, alguns países foram signatários da chamada “Convenção de Viena”, assinada aos 19 de dezembro de 1988.

Tal circunstância esteve diretamente relacionada à necessidade de incorporação jurídica de criminalização desse ato, uma vez que as organizações criminosas estavam caminhando a passos largos em detrimento de inúmeros prejuízos econômicos, o que resultou diretamente na conscientização desses países no tocante à repressão de mencionadas práticas criminosas e adoção de sistemas de repressão (BARROS, M.A., 2013, p. 35).

No entanto, com a evolução dos anos e o desenvolvimento da internet – década de 90 - , há que se ressaltar a importância que este fato causou no desenvolvimento e aperfeiçoamento para se lavar dinheiro com maior eficácia, seja pelo contato facilitado entre as pessoas, seja pela velocidade intrínseca desse posto evolutivo - espaço-temporal (BARROS, M.A., 2013, p. 35-36).

Dessa forma leciona Marco Antônio de Barros (2013, p.39):

Diante de um cenário, no qual montanhas de dinheiro e de riquezas giram ao redor de sistemas, que são processados virtualmente, porém executados em tempo real, torna-se óbvio a existência de um ambiente propício a lavagem de ativos *sujos*.

Nesse sentido, não há que se olvidar que essas mudanças nas dinâmicas dos crimes de lavagem de dinheiro dificultaram e muito as formas investigativas, uma vez que se impulsionaram na velocidade e facilidade de transações bancárias, ambas proporcionadas por parte do mundo globalizado em que vivemos (BARROS, M.A., 2013, p. 39).

Portanto, diante desse histórico dimensional do crime em comento, leciona Marco Antônio de Barros (2013, 2013, p. 42):

É perfeitamente possível aduzir que a lavagem de capitais é uma modalidade de crime que integra as raízes de um novo direito penal econômico, o qual surgiu para dar respostas e apresentar soluções que o modelo clássico-liberal do direito penal não soube apresentar. E para ser coerente com a força impositiva que decorre da própria globalização, impõe reconhecer que este movimento atende formulações do novo direito penal econômico internacional, o qual se encontra em pleno estágio de estruturação [...].

4.2 CONCEITO

A expressão lavagem de capitais foi utilizada pela primeira vez nos anos 80, mais precisamente em 1982, em julgamento nos Estados Unidos da América envolvendo um julgamento de lavagem de dinheiro, o qual tinha como antecedente um crime de tráfico de cocaína colombiana (BLANCO, C., 2002, p. 86).

No entanto, leciona Marco Antônio de Barros (2013, p. 47) tal conceito não é uniforme uma vez que:

Na França e Bélgica fala-se em *blanchiement d'argent*; na Espanha, *blanqueo de capitales* ou *blaqueo de dinero*; Portugal; *branqueamento de dinheiro*. Enquanto no direito destes países a denominação leva em conta o resultado da ação (tornar limpo, branquear o dinheiro), noutras legislações predominou o verbo indicativo da natureza da ação praticada (lavar). É assim no direito anglo-saxão, *money laundering*; na Argentina *lavado de dinero*; na Itália, *riciclaggio di denaro*.

Embora as referências maiores da lavagem de capitais sejam feita ao caráter monetário ou de dinheiro (BLANCO, C., 2002, p. 86), principalmente no que se refere à utilização⁷ do termo na lei Lei 9.613/1998 (PITOMBO, 2003, p. 33) há que se ressaltar que há outras formas

⁷ Exposição de motivos n. 692, de 18.12.1996, publicada no Diários do Senado Federal, de 25.11.1997, p. 25.671.

desse crime ser tratado, uma vez que envolve outros ativos, tais como bens, direitos e valores (BARROS, M.A., 2013, p. 47).

Desse modo, o engendramento de fatores que compõem a lavagem de dinheiro são posteriores a uma infração antecedente necessária e tem início com a ocultação da origem ilícita dos valores obtidos.

Em segundo momento, corresponde às diversas operações e posteriores com objetivo de dissimular a origem dos bens auferidos e, por fim, tem-se a reinserção do capital na economia, o qual vem acompanhado de uma suposta aparência lícita (BADARÓ; BOTTINI; 2014, p. 25).

Todavia, ainda que estejamos conceituando lavagem de capitais, imperioso ressaltar o posicionamento de Blanco Cordeiro (2002, p. 91) que preceitua a complexidade deste crime, de modo que não pode ser tratado em uma mera definição, sendo imprescindível explicar, portanto, os elementos que o integram.

4.3 BEM JURÍDICO TUTELADO

Embora iremos tratar sobre os caracteres e as bases do bem jurídico tutelado nesse tópico do trabalho, não menos importante ressaltar que esse ponto é um dos mais controversos entre a doutrina, haja vista diferentes opiniões dos estudiosos sobre o tema em comento (BADARÓ; BOTTINI; 2014, p. 51).

Nesse sentido, lecionam Badaró e Bottini (2014, p. 52-59) e Pitombo (2003, p. 72-73) sobre as diferentes posições abordadas pela doutrina, sejam elas as que sustentam ser o bem jurídico encontrado no crime antecedente como objeto de tutela da norma de lavagem de dinheiro; na administração da justiça como bem jurídico lesionado pelo delito de lavagem; a ordem econômica, como bem jurídico afetado pela lavagem de dinheiro.

Em relação a esse ponto em específico do estudo, cabe ressaltar que a lavagem de dinheiro adotada pelo Brasil tem uma origem romano-germânica (CASTELLAR, J.C., p. 153), e conta com semelhanças ao ser comparada com países como Suíça, Espanha, Alemanha, Itália, Portugal e Argentina (JOBIM, Nelson, 1998, p.212, APUD, CASTELLAR, J.C., 2004, p; 173).

4.3.1 O bem jurídico lesado no crime antecedente

O bem jurídico lesado no crime antecedente como objeto de tutela da norma de lavagem de dinheiro, corresponde a uma das primeiras hipóteses sobre a divergência doutrinária.

Tal situação tem como base a progressão do combate contra o tráfico de drogas em sua primeira geração. Nesse momento, portanto, há que se inferir sobre a saúde pública como sendo o bem jurídico tutelado (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.52).

Posteriormente, criaram-se novas diretrizes em uma segunda dimensão de combate ao crime de lavagem de capitais, a qual ampliou o rol taxativo dos crimes anteriores. Nesse diapasão, o bem jurídico tutelado passou a não ser mais a saúde pública tratada acima, mas nos dizeres de Molina (2009, p. 22; BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 52): “abarcava todos os bens jurídicos afetados pelos crimes anteriores à lavagem de dinheiro, como o patrimônio, a administração pública e outros”.

No entanto, tal abordagem não está fora do âmbito das críticas jurídicas.

Em um primeiro ponto, levanta-se a hipótese de *bis in idem*, uma vez que quando se tutela um bem jurídico nos crimes de lavagem de dinheiro que seja o mesmo da infração penal anterior, surge uma punição com base no mesmo bem jurídico já afetado anteriormente (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.52-53).

Por outro lado, uma segunda crítica faz referência ao desenvolver da estrutura de repressão ao crime de lavagem de capitais. Para tanto, aborda-se práticas de “progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem”, com objetivo de impedir que o desconhecimento da infração penal anterior possa inferir na persecução do ato de mascarar a origem ilícita deles provenientes (BERDUGO, 2010, p.60, apud, BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.53).

Nesse sentido, tanto o diploma legal interno, bem assim o internacional buscam progressivamente desvincular e gerar um caráter autônomo para a lavagem de dinheiro em relação ao crime anterior, uma vez que, por exemplo, não é necessária uma prova concreta da infração penal antecedente, bastando apenas indícios para receber a uma exordial acusatória (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.53).

Ainda, há que se ressaltar que viabilizar a hipótese de tutelar o mesmo bem jurídico ofendido tanto para os crimes de lavagem de dinheiro, bem como para as infrações penais anteriores seria um problemática a ser enfrentada em critério de punibilidade (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.54), uma vez que, partindo dessa premissa, seria inviável a punição do agente que realiza a autolavagem (*selflaundering*).

Desta feita, temos que nesses casos a lavagem seria apenas um mero exaurimento do fato anterior, uma vez que não se pode, pelo *bis in idem*, punir duas vezes o mesmo agente pelo mesmo bem jurídico tutelado (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.54).

No entanto, não é esse o pensamento de Marco Antônio de Barros (2013, p. 42-43) e Pitombo (2003, p. 72-80) que lecionam não ser compatível com o *inter criminis* ou que se relacione com a lavagem sendo um mero exaurimento do fato criminoso anterior, uma vez que em respeito a teoria penal: cada situação fática criminal deve se adequar a uma tutela individualizada da conduta proibida, mas não ser vista sob um ponto de unicidade.

Por fim, tem-se o posicionamento em relação a uma eventual quebra de proporcionalidade com relação ao *quantum* a ser apenado para infrações penais que afetam bens jurídicos diversos (WELTER, 2011, p. 153, apud, BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.54.)

Se assim o for, de acordo com este último posicionamento, imprescindível, portanto, haver uma diferenciação de pena em razão do delito antecedente. Com isso, impossível seria aplicar a mesma pena para o infrator que lavou dinheiro proveniente de uma extorsão mediante sequestro e, da mesma forma, aplicar pena semelhante àquele que lavou capitais provenientes de uma organização de rifa (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.54).

4.3.2 A administração da justiça:

Em segundo plano, temos a Administração da Justiça como bem jurídico lesionado pelo delito de lavagem.

Segundo Orsini Martinelli (2017, p. 642), no caso da administração da justiça, essa teria incidência, uma vez que o agente quando lava o dinheiro da um rumo obscuro ao lucro ilícito e prejudica a investigação e persecução penal.

Para tanto, os infratores utilizam meios diversos e cada vez mais sofisticados para, assim, por em “risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça” (BADARÓ;

BOTTINI, 2014, p. 55), de modo a afastar a origem ilícita do produto e evitar que as autoridades possam seguir os rastros desse dinheiro sujo.

Segundo Batlouni Mendroni (2006, p. 30-31), a Administração da Justiça seria uma das melhores interpretações à luz do Bem Jurídico Tutelado, além da ordem socioeconômica – tema tratado em tópico posterior.

Tal doutrinador dispõe com estudos pautados na doutrina estrangeira, que tendo vista o fato de a lavagem de dinheiro ser um “crime parasitário”, ou seja, necessitar de um outro antecedente, o bem jurídico correspondente esta infração penal deveria ser o da administração da justiça, pois esta tem por objetivo complementar a eficiência no ato apuratório e persecutório penal de infrações que, em síntese, ofendem a ordem pública e, destarte, não permitem à sua correta aplicação, qual seja, encontrar uma resposta adequada com objetivo de proteger à sociedade.

Nesse mesmo viés, dispõe Fragoso (1988, p.515, apud, MAIA, 2007, p. 57), quando apresenta a Lavagem de Dinheiro como um crime que lesiona a administração da justiça “como instituição e como função, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo-lhe o prestígio e a confiança que deve inspirar”, desse modo, vislumbra aquela subsume-se perfeitamente à tal bem jurídico.

Nesse sentido, importante ressaltar a relação de semelhança com os crimes de favorecimento pessoal e real, respectivamente, delimitados nos artigos 348 e 349 do Código Penal, uma vez que segundo Badaró e Bottini (2014, p. 55): “afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito”.

De acordo com a lição de Bitencourt (2015, p. 398), no caso de favorecimento real, tem-se a afetação da Administração da Justiça, ou seja, há uma incidência lesiva direta ao seu “papel de guardião da estabilidade da ordem social e da solução dos conflitos da coletividade”. Nesse ponto, o interesse a ser tutelado é referente à não frustração da justiça, principalmente no que se refere à prestação jurisdicional.

Nessa mesma linha, leciona Prado (2013, p. 863-864) que a Administração da Justiça, nos casos de Favorecimento Real é o bem jurídico a ser protegido, uma vez que o que se busca é a sua regular administração, a “instituição da justiça organizada”, a qual representa a expressão poder público, seja tanto por seus meios, como por suas finalidades.

Para Marco Antônio de Barros (2013, p. 43), não é apresentada um conjunto suficiente para que a Administração de Justiça seja tutelada pelo Estado no que se refere aos crimes de lavagem de dinheiro. Segundo sua posição, há incidência do princípio limitador da ofensividade, que, em sua lição: “muito auxiliaria na configuração do injusto”.

No mesmo ponto de crítica de Barros apresenta Pitombo (2003, p. 75) que partir da lesão do bem jurídico como sendo da Administração da Justiça seria “tornar morta o *princípio da ofensividade*, e em pouco auxiliaria para a configuração do injusto”.

Ademais, nesse contexto, não se deve analisar a administração da justiça sobre uma visão hermética, ou limitada, mas sim sob a égide de uma ilustração ampla, cumulada com o exercício prestado pela atividade jurisdicional, bem assim outros institutos que buscam uma solução diante de um conflito institucional próprio que o compõe (DE GRANDES, 2011, p. 123, BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 55).

Importante ressaltar também que em questões criminais, com essa interpretação do bem jurídico a ser tutelado, não há óbice para a concorrência de crimes na autolavagem (identidade de agentes que praticam a infração penal anterior e a lavagem de dinheiro).

Há parcela de estudiosos que consideram o bem jurídico a ser tutelado sob um aspecto do tipo subjetivo penal. Com isso, nessa linha argumentativa, para que caracterize a proteção à administração da justiça, o dolo do agente deve se manifestar com uma vontade de afetar o modo de funcionamento da justiça, caso que não ocorre em alguns tipos de lavagem. Para fins exemplificativos é apresentada a lavagem de dinheiro que tem por motivo o lucro (PITOMBO, 2003, p. 76).

Contudo, importante lembrar que o dolo que se exige para configurar a tipicidade deve estar em conformidade com os elementos do tipo, porém não são em todos os casos que se tem clara e expressamente o bem jurídico tutelado perante os ditames normativos no tipo penal (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 56).

Para tanto, ensinam Badaró e Bottini (2014, p. 56) que: “nesses casos, não é necessário que o motivo do delito ou a vontade do agente seja a afetação do mesmo”.

Dessa forma, para os casos que têm como bem jurídico tutelado a Administração da Justiça não será sempre que o infrator ter com caráter volitivo, ou finalidade de atingir ou afetar diretamente o “funcionamento das instituições judiciais” (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 56).

Por exemplo: nos casos de favorecimento pessoal e real.

Há, em certos momentos, a possibilidade de que o agente que comete o delito não esteja interessado em prejudicar o funcionamento correto da administração da justiça, mas somente esteja interessado em um lucro ou na própria satisfação pessoal que, eventualmente, poderá ganhar com a prática criminosa (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 56).

4.3.3 Ordem (sócio) econômica:

Em última análise, temos a posição doutrinária que vislumbra a hipótese de ser o bem tutelado no crime de lavagem de dinheiro a ordem econômica. Para tanto, partem do argumento de que alguns atos consumados como a ocultação, encobrimento e a reciclagem do capital ilícito, perderiam seu valor, haja vista representar um dos motivos da desestabilização da economia (BOTTINI; BADARÓ, 2014, p. 57).

Nesse diapasão (PITOMBO, p. 83, apud, BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.57) as circunstâncias que poderiam ensejar esse desfecho para a economia seriam representadas pela reinserção de valores derivados de infrações penais que, em síntese, iriam afetar diretamente “a livre iniciativa, no sistema concorrencial, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, turbariam o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus operadores”.

Partindo desta hipótese, temos um maior fortalecimento da análise sobre uma perspectiva autônoma da lavagem de dinheiro. Embora ainda haja uma relação conectiva entre o crime anterior e a lavagem, haja vista este ser proveniente daquele. Neste diapasão, não há mais que se falar em *bis in idem*, mas sim em concurso material de crimes quando um indivíduo realiza a chamada autolavagem (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.57).

Assim, por exemplo, o indivíduo que realiza o crime anterior (roubo) afeta o patrimônio público, todavia, quando se vale de técnicas de ocultação ou dissimulação para mascarar a origem de bem roubado, atinge outro bem jurídico, qual seja a ordem econômica (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.57).

Além do mais, tal visão doutrinária relaciona-se diretamente com a posição legislativa que ampliou o rol taxativo dos citados crimes antecedentes. Destarte, faz mais sentido ampliar a possibilidade de atuação em crimes anteriores para se lavar dinheiro posteriormente do que

delimitá-los, uma vez que os prejuízos causados para a ordem econômica independem de qual tipo for o crime anterior, o que, de fato, importa, é a origem proveniente de um ato infracional e a utilização posterior em meio à economia regular e formal (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.57).

Portanto, não se deve partir de uma análise meramente qualitativa do crime anterior para definir o bem jurídico prejudicado (neste caso sendo a ordem econômica), contudo, abordar uma diferenciação de cunho valorativo para situações que realmente sejam significativas ou não significativas para, deste modo, afetar o equilíbrio da economia (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.57).

Nesse viés importante auferir a capacidade de afetação por meio da lavagem de dinheiro no que se refere à circulação de recursos ilícitos na ordem econômica, mas não o tipo da infração penal anterior, nem o bem jurídico por ele lesionado, ainda que guarde certa conexão com a lavagem, pois sem sua ocorrência não haveria abordagem para essa dinâmica aqui tratada (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.58).

Todavia, embora seja uma das opções mais bem quistas pela doutrina, tal hipótese também não está totalmente à margem das críticas:

A primeira parcela aponta sobre uma imprecisão relativa ao conceito de ordem econômica o que, em tese, poderia por em xeque os dizeres sobre se realmente a lavagem de dinheiro se amoldaria a esta hipótese.

Há quem não concorde com a tutela relativa ao bem jurídico ordem econômica para a lavagem de capitais, porque, embora o capital que adentre o mercado seja de origem ilícita, poderia contribuir com o desenvolvimento econômico do País (GRAU, 2004, p. 270, apud, BADARÓ; BOTTINI, 2014, p.59). Os que assim abordam o tema partem do brocardo jurídico *pecunia non olet*, retirando, portando, a importância de origem dos valores obtidos.

Alguns doutrinadores como Mendroni (2006, p. 30-31) e Blanco Cordero (2002, p. 215) chegam a expandir tal temática para ordem sócio-econômica, haja vista valores astronômicos sendo lavados em diversos cantos do mundo e o impacto desses atos tanto na economia, quanto na sociedade em geral.

Tal posição também é a abordada e defendida por Pitombo (2003, p. 77) que entende ser esta a orientação mais convincente para o tema. Tal doutrinador faz o apelo ao contexto histórico-social em que se tipificou a lavagem de dinheiro, ou seja, a partir da série estável de condutas ditas concretas que diretamente prejudicavam a sociedade.

Segundo Orsini Martinelli (2017, p.641), a lavagem de dinheiro atingiria diretamente a economia e como numa sociedade dominada pelo capitalismo tudo gira em torno do dinheiro, uma questão que afetasse essa circunstância, comprometeria a circulação de mercadorias e, conseqüentemente, o consumo, empregos e outros demais fatores. Deste modo, a lavagem de dinheiro não afetaria somente a ordem econômica, mas também a sociedade de forma ampla e generalizada (REICH, p. 315, apud, MARTINELLI, 2017, p. 642).

Com isso, tem-se valores sociais sendo constantemente afetados, em razão da ocultação e também à dissimulação da origem ilícita dos bens que integrariam a economia com uma falsa aparência de licitude.

Em algumas circunstâncias, com a lavagem de dinheiro, algumas empresas acabam quebrando e tal fato incide diretamente no aspecto social – desemprego, inflação, e prejuízo às leis naturais do mercado, como pôde ser visto nos resultados da operação lava-jato.

4.3.4 Pluriofensividade de bens jurídicos:

Além do que já fora acima exposto, há também o posicionamento de que a lavagem de dinheiro não esbarraria em um bem jurídico determinado, estaria ligada a uma “pluriofensividade de bens jurídicos”, pois atingiria todos de modo simultâneo, como, por exemplo, a administração da justiça, ordem socioeconômica, a transparência do sistema financeiro, a legitimidade da atividade econômica e até a incolumidade da saúde pública (CORDERO, 2002, p. 200).

4.4 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO E O MOMENTO DE SUA CONSUMAÇÃO

Como já fora exposto nos tópicos anteriores, a lavagem de dinheiro tem por objetivo cortar os conectivos entre os bens, valores e capitais auferidos com a prática ilícita. Desse modo, para os infratores que desfrutaram de um aumento considerável em seu patrimônio, haja vista praticarem infrações penais, urge a necessidade de tentar mascarar essa origem ilícita e legalizar os lucros decorrentes dos procedimentos delitivos (BARROS, M.A., 2013, p. 48).

Importante ressaltar que a lavagem de dinheiro pode ser realizadas de diversas formas e por técnicas variadas como, por exemplo, por intermédio de alguns bancos, instituições de cunho financeiro de cunho bancário ou não financeiras, ou até mesmo, valendo-se das três situações em um único esquema (CORDERO, 2002, p. 63).

No entanto, importante ressaltar que os procedimentos da lavagem não são necessariamente simples, principalmente com a evolução tecnológica que tivemos e, junto a isso, os aparatos investigativos e persecutórios visando reprimir a crescente criminalidade envolta por essa infração penal.

Nesse diapasão, tais técnicas nem sempre são uniformes. Para tanto, lecionam Marco Antônio de Barros (2013, p. 48) e Blanco Cordero (2002, p. 74) que a doutrina têm feito referências a certas etapas de composição no que se refere ao processo de lavagem, cuja base advém das 40 (quarenta) recomendações do Grupo de Ação Financeira – GAFI.

Contudo, geralmente, três delas estão sendo utilizadas, quais sejam: ocultação, dissimulação e inserção.

Segundo os ditames da Lei de lavagem de dinheiro – 12.863/2012 -, temos que:

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.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração pena.

Nesse viés, o artigo em comento trata tanto o ato de ocultar, como o de dissimular como representantes da consumação do crime, que terão seu exaurimento com a reinserção dos capitais na economia, os quais estarão mascarados em relação à ilicitude, ou seja, com caráter aparentemente lícito (BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 65).

Assim, como o tipo penal prevê dois atos distintos, todavia, com penas iguais para ambas as condutas, a análise mais lúcida para o tema, correspondente a entender o crime como sendo de ação múltipla, cujos núcleos são disjuntivos. Deste modo, conforme qualquer uma das condutas praticadas – ocultação ou dissimulação – haverá a consumação do crime.

Neste diapasão também leciona Marco Antônio de Barros (2013, p. 51): [...] “o crime de lavagem pode se consumir antecipadamente, já na primeira fase (ocultação ou

colocação)”, de modo que: “[...] o texto descritivo do tipo penal não exige expressamente o exaurimento integral das condutas de modelo trifásico”.

Contudo, importante ressaltar nesse momento que como a lavagem de dinheiro disserta sobre um tipo de ação múltipla, quando houver ocultações e dissimulações sequenciadas, mas em relação ao mesmo objeto, não há que se falar em outras lavagens, mas somente o mesmo processo inicial (BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 65).

Deste modo, em situações como esta, haverá uma absorção dos primeiros atos, cuja representação para o ordenamento jurídico passará a ser um mero “antefato impunível”, uma vez que se tornarão “meio ou momento de preparação do processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas, para a realização final” (BRUNO, A., 1979, p. 260, apud, BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 65).

4.4.1 Ocultação (*placement*):

A ocultação está relacionada com a primeira fase do processo de lavagem de capitais. Pode, outrossim, ser nomeada de outras formas, como, por exemplo, colocação, conversão ou introdução (BARROS, M.A., 2013, p. 48).

No âmbito internacional é mais conhecida por *placement* e consiste no ato de ocultar ou escamotear as origens ilícitas dos ativos conquistados pela infração penal anterior (BARROS, M.A., 2013, p. 48).

Nessa etapa, portanto, o que o criminoso busca é distanciar a origem dos bens, bem assim os direitos ou valores que tem como resultado uma infração penal antecedente. Portanto, umas das técnicas mais recorrentes são: a ocultação em bancos e algumas empresas de créditos, inclusive paraísos fiscais. Segundo Blanco Cordero (2002, p.63), este último tem grande importância nos processos de lavagem.

Um dos outros exemplos de técnicas mais utilizadas para essa fase, corresponde ao processo conhecido no âmbito internacional por *smurfing*, o qual representa um fracionamento nas transações de valores, como depósito, aquisição de instrumentos monetário, troca de bilhetes de menor valor por outros de maiores valores, etc).

A consumação nesse ponto advém do mero encobrimento da origem ilícita, mas desde que com o dolo da intenção de mascarar-la, de converter o bem com aparência lícita., busca-se

a proteção do produto proveniente de um ato infracional dos olhares do Estado (BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 2014).

Ademais, há outras situações também como ocultação no sistema geral da economia, por exemplo, em locais como casas de câmbio ou bolsa de valores. Assim, sempre visando uma ocultação, não do bem, mas da origem deste, sua natureza, localização, fonte, etc. (BARROS, M.A., 2013, p. 49).

No entanto, não há muita sofisticação quanto aos métodos necessários para se realizar uma ocultação, podendo ser demasiados simples. Dessa forma, atos singelos e com mera simplicidade, tais como ocorrem no ato de esconder ou movimentar valores, mas desde que sejam com um caráter volitivo em detrimento do caráter de fiscalização da justiça, já resultará em uma lavagem de dinheiro (BADARÓ; BOTTINI, p. 34).

Para tanto, tal aspecto deve ser analisado em um critério de maior amplitude, verificando, de fato, quais eram as intenções e finalidades do agente com a conduta, pois o mero usufruir e a mera ocultação para exaurir o crime antecedente, não configuram a ocultação tipificada na lavagem de dinheiro (BADARÓ, BOTTINI, p. 34).

Por exemplo, o agente que compra uma casa após receber uma vantagem indevida proveniente de corrupção passiva.

Neste caso, ele não tem o dolo de lavar o dinheiro, mas meramente usufruir daquilo que conquistou de modo ilícito, para tanto, não há que se inserir este fato nos ditames da ocultação proeminente da norma de lavagem de capitais (PITOMBO, 2003, p. 109).

Todavia, caso o agente atue de modo diverso e por um aspecto doloso oculte o dinheiro e solicite providência para um doleiro, para que este o ajude a lavar esse dinheiro no exterior, haverá a situação do ato de ocultar com o *animus necandi*, necessário para consubstanciar o elemento subjetivo do tipo e, dessa forma, subsumir-se à lavagem de dinheiro (BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 68).

4.4.2 Dissimulação (*layering*):

A dissimulação, também conhecida como cobertura (*layering*), acumulação (*empillage*), controle, circulação, estratificação e transformação, também presente no tipo penal acima exposto, corresponde à segunda fase do processo de lavagem de dinheiro, nesse

momento, busca-se segundo Marco Antônio de Barros (2013, p. 49): “disfarçar o caminho percorrido pelos ativos provenientes do crime antecedente”.

Nesse mesmo entendimento, leciona Badaró e Bottini (2014, p. 66):

Dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores. É um ato um pouco mais sofisticado do que o mascaramento original, um passo além, um conjunto de idas e vindas no círculo financeiro ou comercial que atrapalha ou frustra a tentativa de encontrar sua ligação com o ilícito antecedente.

Blanco Cordeiro (2002, p. 69), dispõe sobre a dissimulação como um ato posterior ao êxito da ocultação da origem dos bens obtidos pelos lavadores de dinheiro que, de certo modo, recorrem a uma conduta mais artilosa e complicada em relação à primeira. Assim, realizam múltiplas transações econômicas, as quais resultam, cada vez mais, em uma problemática frente ao processo de descobrimento da origem ilícita dos bens.

Para fins exemplificativos, pode-se encontrar a dissimulação dentre as transações entre em contas corrente no exterior, transferência eletrônicas via cabo (*wire transfer*), utilização fraudulenta de cartão de crédito, compra e venda sequencial de imóveis com valores artificiais, aplicações em bolsas. Outro ponto a ser retratado é o papel circunstancial que empresas *offshores* passaram a ter no processo de lavagem de dinheiro, na modalidade de dissimulação. (BADARÓ; BOTTINI, 2014, p. 66-67) e (BARROS, M.A., 2013, p. 49).

4.4.3 Integração (*integration*):

O procedimento de integração, ou como utilizado no âmbito internacional – *integration* – representa a última das etapas do processo de lavagem de dinheiro. Resultado final das duas etapas anteriores – ocultação e dissimulação – que já auxiliaram na aparência lícita dos capitais auferidos com as infrações penais anteriores, agora busca-se integrar esse montante na economia legal ou no sistema financeiro (BARROS, M.A., 2013, p. 50).

Para tanto, nessa etapa, após inúmeras transações, surge uma necessidade intrínseca ao procedimento de atribuir uma explicação aparentemente legítima para o montante de riqueza acumulado. Dessa forma, utilizam a integração por meio de introdução dos produtos mascarados na economia.

Com isso buscam como meio, situações de investimentos, créditos ou reaplicações na poupança (CORDERO, 2002, p. 73-74) para resolver essa situação inerente ao processo de acumulação de capitais ilícitos que precisam ser branqueados.

Para Marco Antônio de Barros (2013, p. 50), essa última etapa representa uma fusão entre práticas lícitas e ilícitas, criando-se, portanto, um conjunto de ativos que proporcionam grande dificuldade tanto para persecução penal, bem assim para as diretrizes investigatórias e periciais.

Por exemplo: um dos agentes que se utilizam da lavagem de capitais, busca confundir a origem dos valores que está utilizando, misturando os ilícitos com os recursos legítimos que dispõe em uma empresa. Posteriormente, exhibe esse montante total como sendo faturamento das próprias ações lícitas da atuação empresarial.

Diante dessas técnicas e da necessidade de justificar esse acúmulo de riqueza, a integração representa uma forma dinâmica e de explicação praticamente imediata para as dificuldades encontradas pelo agente que quer lavar o dinheiro, uma vez que este apresentaria um ganho que, em tese, se enquadraria por ser uma receita proveniente de um negócio legítimo (BARROS, M.A., 2013, p. 50).

4.5 INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE: EVOLUÇÃO DA LEI 9.613/98 PARA A DE 12.683/12

Inicialmente, com a redação da Lei 9.613/1998, poucas eram as circunstâncias que eram consideradas antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro. Ademais, com o passar dos anos, alguns acréscimos foram feitos, conforme as redações das Leis 10.467/2002 e a 10.701/2003, todavia, ainda mantinham um aspecto engessado para o tema.

Com isso, lecionam Badaró e Bottini (2014, p. 82) no que se refere ao tema:

O texto legal anterior indicava um rol estreito de antecedentes. Apenas os crimes de tráfico ilícito de drogas; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; e aqueles praticados por organização criminosa, ou por particular contra a administração pública estrangeira.

Dessa forma, não se vislumbrava a hipótese de um rol exemplificativo de crimes, mas sim um rol taxativo – *numerus clausus* – o qual, em síntese, não poderia ser alterado por interpretações pautadas em analogias ou em sentido extensivo ao que já estava disposto no âmbito normativo (BARROS, M.A., 2013, p. 54).

No entanto, com o advento da Lei 12.683/2012, surge no ordenamento jurídico um rol ampliado de situações que poderiam ser conexas com a lavagem de dinheiro, embora o crime seja considerado autônomo.

Desse modo, a anterioridade delitiva não mais se pautou em um rol taxativo de crimes, mas sim em qualquer crime ou contravenção penal – infrações penais -, que sejam capazes de contribuir gerando bens que possam ser lavados posteriormente (BADARÓ, BOTTINI, 2014, p. 82).

Segundo Marco Antônio de Barros (2013, p. 53), o tipo penal passou a adotar uma forma conectiva aberta, pois diferentemente do padrão delimitado que antes era presente no aspecto normativo, agora, todavia, estão presentes infrações penais de amplíssima variedade como ilícito penal antecedente.

Assim, há que se reiterar a significância e abrangência – fase conectiva aberta - dessa modificação para a análise em comento, uma vez que até a possibilidade do lucro expresso por contravenções penais, como, por exemplo, o jogo do bicho, pode resultar em uma posterior configuração de lavagem de dinheiro (BARROS, M.A., 2013, p. 53).

Da análise acima, pode-se, portanto, chegar à conclusão que tal fato não ocorria anteriormente, pois, em suma, somente crimes pertencentes a um específico rol taxativo eram dispostos como ilícito anterior à lavagem.

Contudo, de modo diverso, leciona Badaró e Bottini (2014, p. 84) que no inciso VII do art 1º, hoje já revogado, havia a possibilidade de uma abertura extensiva, uma vez que embora estivesse em um rol taxativo, o texto fazia menção a qualquer tipo de crime praticado, mas com a ressalva que fosse praticado por meio de organização criminosa. Com isso, também poderia resultar em produtos que dependendo da vontade e finalidade do agente, poderiam ser lavados posteriormente.

Ainda, importante ressaltar para o tema que, embora a Lei 12.863/2012 tenha revogado os incisos da Lei 9.613/98 e suas modificações, o ato infracional realizado na vigência desta não terá óbice em ser considerado para fins penais.

Portanto, em casos que a o ato ilícito anterior tenha sido realizado antes do advento da nova lei⁸ e não estava no rol taxativo, o agente não poderá ser punido por lavagem de dinheiro (BARROS, M.A., 2013, p. 54). Dessa forma, em casos como esses haverá uma atipicidade formal, haja vista a ausência de tipo penal incriminador para a conduta.

Por fim, diante do tema em apreço, leciona Marco Antônio de Barros (2013, p. 55):

[...] a infração penal (crime ou contravenção da qual se originar o lucro ilícito a ser lavada será considera principal, primária, básica ou delito determinante em relação ao crime de lavagem, enquanto este último, do ponto de vista da criminalidade organizada, passa a ser acessório, secundário ou derivado, porém, não menos relevante na estrutura criminosa. Por isso, na literatura especializada é conhecida a frase no sentido de que a lavagem de capitais é um crime parasitário, já que depende da existência de um crime anterior.

⁸ A lei 12.863/2012 teve sua publicação aos 10 de julho de 2012, momento em que entrou em vigor.

5 PROBLEMÁTICA TRATADA NO ACÓRDÃO REFERENTE À AÇÃO PENAL Nº 863/SP EM TRÂMITE PERANTE O STF

O caso em apreço é referente à ação penal iniciada com a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal aos 19 de dezembro de 2006 perante a 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo em detrimento do sr. Paulo Salim Maluf e outros, sendo, posteriormente recebida parcialmente, aos 29 de setembro de 2011.

No tocante ao sr. Paulo Salim Maluf a denúncia relaciona a suposta prática delitiva em 5 grupos fáticos, todavia dos 5 grupos, somente o 4º fato, que, em tese, teria ocorrido entre 1997 e 2006 – por ocultar e dissimular a origem, natureza e a propriedade de valores provenientes de crimes contra a administração pública (corrupção passiva) e ter movimentado e transferido tais valores com a finalidade de ocultar e dissimular a sua utilização, com tipificação no art. 1º, inciso II c.c. o art. 1º, §4º, todos da Lei nº 9.613/98

Na análise do Ministro Relator Luiz Edson Fachin, o início do prazo prescricional teria tido início quando os valores ilícitos que estavam ocultados tornaram-se conhecidos pelas autoridades brasileiras, haja vista fornecimento de documentação proveniente do Departamento de Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça.

Para tanto, alegou ser o crime em comento do tipo permanente e fundamentou seu entendimento com o doutrinador Paulo César Busato, conforme mencionado a seguir:

[...] a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado tempo do crime, devendo ser computado como momento exato aquele em que cessa a permanência, inclusive a efeito de prescrição (art. 111, inciso III, do Código Penal). (Direito penal – parte geral. São Paulo : Atlas, 2013, p. 145)

Ademais, o Min. Fachin entendeu que, desse modo, o verbo ocultar, como majoritariamente a doutrina vem dissertando, enquadra-se na hipótese de crime permanente.

Para tanto, menciona o crime de receptação que é de modalidade instantânea, salvo na modalidade ocultar, bem assim o crime de ocultação de cadáver, conforme a seguir exposto:

A ocultação tem a peculiaridade de significar o disfarce para algo não ser visto, sem haver a destruição. Por isso, enquanto o agente estiver escondendo a coisa que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 15 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 1004).

“Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa”.

Por fim, ressalta que a doutrina e a jurisprudência, inclusive do STF, está considerando como permanente a lavagem de dinheiro na modalidade de ocultação, conforme o *Habeas Corpus* a seguir:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA MENOR, COM QUATRO ANOS DE IDADE, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORAS E AGRAVANTES. 1. Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, crime de ocultação de cadáver. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido. Crime consumado, que pode ser apenado em concurso com o de homicídio. 2. Sentença de pronúncia que atende às exigências mínimas do artigo 408, do CPP e suficientemente fundamentada. A pronúncia, sentença processual que é, deve conter apenas sucinto juízo de probabilidade, pois, se for além, incidirá em excesso de fundamentação, o que pode prejudicar a defesa do paciente. 3. Os crimes imputados e as qualificadoras constam da denúncia e seus aditamentos. Na pronúncia o Juiz não deve excluir as qualificadoras, salvo as manifestamente improcedentes, levando em conta que não é de rigor nem recomendável cuidar de circunstâncias agravantes ou atenuantes, que permanecerão no libelo crime acusatório a fim de serem submetidas ao soberano Tribunal do Júri. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.” (HC 76.678, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. 29.06.1998).

Como argumento de autoridade, cita o voto condutor do Ministro Maurício Corrêa:

Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não, simplesmente, remover, como pretendem os impetrantes, sendo irrelevante para a incidência do tipo o tempo em que o cadáver esteve escondido sob o veículo estacionado em via pública [...].

Desse modo, o Ministro Fachin, direciona seu entendimento no sentido de que o verbo ocultar na modalidade de Lavagem de Dinheiro, deve ter a mesma conotação que a acima apresentada, haja vista subsistir “até o instante em que os valores provenientes dos crimes antecedentes sejam descobertos”.

Ainda, de modo a fortalecer seu entendimento, apresenta o ensinamento do Advogado Pierpaolo Bottini, pois ainda que alguns doutrinadores entendam que o fato típico em comento seja uma espécie de crime instantâneo, ainda assim não haveria que se falar em prescrição, haja vista a permanência de escamoteamento dos bens ora ocultados, conforme trecho a seguir exposto:

[...] a identificação do ato inicial de ocultação com a consumação instantânea da lavagem de dinheiro não assegura a atipicidade de qualquer operação sobre bens escamoteados antes da vigência do novo texto legal. Ainda que à época dos fatos a ocultação desses bens não constituísse lavagem de dinheiro, porque as infrações penais que a eles deram origem não estavam elencados na lei como antecedentes, cada nova movimentação destes mesmos recursos com intuito de aprofundar a dissimulação será um novo ato típico, sobre o qual incidem as regras vigentes. Cada conduta positiva de mascaramento afeta com mais intensidade a administração da Justiça, pois distancia ainda mais os bens de sua origem e dificulta seu rastreamento. A lesão à administração da Justiça se renova a cada transação, caracterizada, como mencionado, sempre como uma nova consumação de lavagem de dinheiro que absorve a anterior pela identidade de valores/bens, e por se situar na mesma linha de desdobramento. E para cada nova consumação, como novo delito que absorve o anterior, valem as regras em vigor no momento de sua realização, ainda que mais duras que as anteriores. (Lavagem de dinheiro. 3 ed. São Paulo : RT, 2016, p. 137).

Desse modo, assim optou por decidir no caso em apreço:

Sendo assim, considerando que há fatos imputados ao acusado que teriam ocorrido, pelo menos até o dia 03 de maio de 2006, imperioso considerar que não se consumou a prescrição, tendo em vista a interrupção ocorrida em 29.09.2011, quando do recebimento da denúncia (art. 117, I, do Código Penal). Esclareço que tomo o dia 03 de maio de 2006 como última data em que houve movimentação provada nos autos, embora a descrição da denúncia mencione um ato realizado em 07.12.2006, por tratar-se, essa última, de erro material, já que a data correta da descrição ali mencionada é 07.12.2005, conforme se vê do documento contido na tela 223 do apenso 136. Como a pena máxima cominada ao delito em tela é dez anos, a prescrição, nos termos do art. 109, II, do Código Penal, ocorre ordinariamente em dezesseis anos e para o acusado em oito anos, tendo em vista contar com mais de 70 (setenta) anos, o que faz incidir a regra do art. 115 do Código Penal. Dessa forma, percebe-se que não se passou oito anos quaisquer que sejam os marcos a serem considerados, seja desde a consumação até o recebimento da denúncia, seja desde o recebimento da denúncia até a data de hoje. A prescrição, no caso, somente encontraria seu marco final em 29.09.2019.

Outro ponto a ser analisado nesse trabalho e já apresentado em tópico anterior, será abordado com o voto do Ministro Marco Aurélio que ao contrário do entendimento do

Ministro Fachin, divergiu sobre a natureza do crime de lavagem ser de efeitos permanentes, haja vista entender que o crime em apreço é instantâneo com efeitos permanentes.

Desse modo, explicitou seu entendimento sobre o tema, descrevendo o ato de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens, como de ocorrência instantânea. Portanto, se perpetram quando o bem é ocultado ou dissimulado – momento do cometimento da ação – ou seja, quando o criminoso dá ao bem de origem ilícita, uma aparente licitude. Destarte, a manutenção dessa aparência seria um mero efeito permanente diante de uma conduta já praticada.

Com isso, expõe em seu voto, a necessidade do crime de Lavagem de Dinheiro, na modalidade ocultação ou dissimulação, ser analisado sob esse óbice, com fundamentação no parecer apresentado pela doutora Ada Pelegrini Grinover no conteúdo abordado em memorial apresentado pela defesa técnica, de modo que o art 1º da Lei nº 9.613/98 é um crime de estado, ou seja, um tipo de delito de modalidade instantâneo de efeitos permanentes.

Ademais, em meio ao seu voto, menciona o artigo publicado pelo professor Pierpaolo Bottini no Consultor Jurídico em 23.10.2012, informa que o Supremo não pacificou a matéria travada, aludindo ao IP nº 2.471:

O ato de ocultar ou dissimular consuma o delito no instante de sua prática. A manutenção do bem oculto ou dissimulado é mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, no qual a consumação cessa no instante do ato, mas seus efeitos perduram no tempo.

De acordo com a exordial acusatória, o cometimento das infrações, haja o entendimento da aplicação da modalidade de permanência, teria se mantido até o dia 11 de maio de 2006, quando o Ministério Público Federal tomou ciência, por meio de comunicação oficial oriunda do Departamento de Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, da volumosa documentação enviada ao Brasil pelas autoridades de Jersey.

Diante disso, o Min. Marco Aurélio argumentou que:

Não cabe agasalhar o articulado. Surge impróprio conceber que, realizado o ato a revelar o crime, a lavagem, a ocultação, no ano de 1998, com a remessa dos valores ilícitos identificados para o exterior via cabo, tenha ocorrido ainda a conduta delituosa em 2006, quando do conhecimento dos fatos por autoridades brasileiras. O termo inicial da prescrição penal é a data da prática criminosa, e não a da ciência pelo Estado-acusador. A tese da necessidade do conhecimento nega, por completo, tudo que foi implementado em termos de acusação, defesa doutrina e pronunciamentos judiciais até aqui. Sempre foi considerada, seja qual for o delito – homicídio,

latrocínio, tráfico de drogas, roubo, furto, corrupção, etc. –, a data do cometimento. Fora isso é partir, praticamente, para a imprescritibilidade, no que definido o termo inicial do prazo prescricional pela ciência do crime pelo Estado-acusador.

Assim, não concorda que teria, em tese, havido crime permanente, pois, de acordo com seu entendimento, não há possibilidade do valor espúrio ser lavado mais de uma vez, ainda que se considerem as reiteradas movimentações feitas pelo mesmo agente.

Ademais, afastou a hipótese da acusação que “partiu da premissa de que houve vários crimes de lavagem, conforme a movimentação sequencial dos mesmos valores, nas contas em diversas instituições financeiras e, depois, a internalização [...]”.

Por fim, afirma que:

[...] é passo demasiadamente largo dizer-se (...), em segundo lugar, que toda e qualquer movimentação ou gasto do dinheiro implica lavagem. O número de lavagens correria à conta dos movimentos bancários, quem sabe atraindo, em ficção jurídica contrária ao acusado, o instituto da continuidade delitiva.

Segundo fundamentou:

Tenho como inevitável o reconhecimento de prescrição. A pena máxima prevista para o tipo do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 é de 10 anos. O prazo prescricional verifica-se em 16, presente a norma do artigo 109, inciso II, do Código Penal. Se observada a causa de aumento versada no § 4º do artigo 1º da Lei de Lavagem de Capitais, chega-se ao prazo máximo atinente à prescrição – 20 anos. O réu conta hoje com mais de 70 anos – 85, para ser exato. O prazo prescricional é contado pela metade, a teor do artigo 115 do citado Código. Tem-se 10 anos como o prazo prescricional a ser considerado. O último fator interruptivo da prescrição foi o recebimento do Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 12973365. Inteiro Teor do Acórdão - Página 122 de 208 Voto do (a) Revisor (a) AP 863 / SP denúncia pelo Pleno, em sessão realizada em 29 de setembro de 2011, consoante dispõe o artigo 117, inciso I, do mesmo diploma legal. Entre as datas das apontadas condutas delituosas, anteriores ao dia 29 de setembro de 2001, e o marco interruptivo referido, 29 de setembro de 2011, passaram-se mais de 10 anos, incidindo a prescrição para todos os fatos.

Pois bem. Nesse ponto, algumas situações devem ser apontadas a fim de retomar o quanto já foi exposto ao longo do trabalho, bem assim relacioná-la com o caso em comento.

Segundo leciona o Doutrinador Bottini (2017), é imprescindível que a lavagem de dinheiro seja definida como uma modalidade de crime instantâneo ou permanente, pois delimita o momento em que o crime se consuma. Ademais, ainda pontua que esta definição não é meramente uma questão etérea, mas de importância para o termo inicial da contagem do prazo prescricional.

Ademais, de acordo com mencionado doutrinador, não há no ordenamento jurídico atual, uma tipificação relacionada à modalidade da lavagem de dinheiro. Todavia, inúmeras práticas são abordadas, cada qual com suas características.

Segundo mencionado doutrinador, considerar a lavagem como um crime permanente, em suma, representa a permissão da prisão em flagrante a qualquer tempo, uma vez que, o agente estaria praticando o crime, enquanto o bem estiver oculto ou dissimulado.

Desse modo, para os crimes cometidos antes da nova Lei de Lavagem de Dinheiro, esta teria aplicação imediata, uma vez que a prática criminosa ainda estaria acontecendo, pois está perpetrada no tempo, embora seja mais grave e prejudicial ao agente (BOTTINI, 2012).

Por fim, também, para questões criminais (BOTTINI, 2012), é imprescindível que se verifique, caso haja a possibilidade, quando o fato criminoso foi cometido, pois caso esteja antes da nova lei de lavagem de dinheiro e não compreendido no rol taxativo de crimes, não haveria sequer motivos para se falar em fato típico diante da ocultação da origem ilícita do bem.

Conforme explicitado acima, nas pontuações do acórdão, a doutrina vem, em sua máxima parcela, considerando a lavagem de dinheiro como um crime permanente nos casos de ocultação.

Segundo Bottini (2012), a solução para o entrave doutrinário e jurisprudencial, seria analisar o caso sob a égide do bem jurídico tutelado, o que também se mostra muito incontroverso, haja vista a doutrina e a jurisprudência não ter um direcionamento sobre qual seria, de fato, o bem jurídico atingido nesses casos.

Nesse contexto, não podemos esquecer-nos de esclarecer que cada conduta do agente para mascarar, ou distanciar ainda mais a origem ilícita do bem e, assim, prejudicar o seu rastreamento ou, como apresentado, o ato de seguir o dinheiro (*follow the money*), gera uma nova consumação do crime de lavagem de dinheiro. Portanto, a nova consumação é responsável por absorver a anteriormente praticada e, outrossim, ser responsável por uma nova contagem do prazo prescricional (BOTTINI, 2012).

Por fim, resta analisado o conteúdo exposto e as finalidades práticas de acordo com a relação perante o acórdão em apreço.

CONCLUSÃO

Neste momento, resta, pois, apresentar a conclusão obtida com a realização da pesquisa sobre o tema.

Verificou-se no trabalho a importância da Lei nº 12.683/2012, que trouxe um aspecto diverso do rol taxativo de crimes antecedentes em relação à Lei 9.613/1998. Nesse viés, excluiu-se a taxatividade e a expandiu para infrações penais antecedentes, ou seja, abarcando de modo expansivo tanto crimes, quanto contravenções penais.

Com isso, em uma forma conectiva aberta há uma relação ampliada de situações que estão ligadas criminalmente à lavagem de dinheiro, embora esta seja considerada como pertencente aos tipos de crimes autônomos.

Nesse quesito, imprescindível, pois, entender o conceito de infração penal, a qual abarca tanto crimes, quanto contravenções penais; os demais aspectos da teoria do crime, uma vez que muito coadunam para o desenvolvimento da lavagem de dinheiro e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

Quanto ao momento de consumação, este está intimamente ligado às modalidades de crimes, como exposto ao longo do trabalho. Ademais, tais conceitos relacionam-se com o marco do prazo prescricional para fins de estudos da extinção de punibilidade Estatal, o que muito poderá auxiliar na abordagem de teses jurídicas a serem apresentadas em casos práticos.

Nesse diapasão, insta salientar a problemática tratada no acórdão mencionado ao longo do trabalho, o qual envolve a Ação Penal nº 863/SP julgada no STF. Assim, em que pese o entendimento prevalecente por maioria no tribunal, no sentido da condenação, haja vista o entendimento da lavagem de dinheiro ser um crime permanente, esta situação torna-se muito problemática sob o ponto de vista da defesa, uma vez que um precedente foi criado nesse julgado⁹ – que pode ou não se confirmar, tornando-se, eventualmente, uma nova jurisprudência.

Considerar a lavagem de dinheiro como um crime permanente e ater-se ao fato da ciência do Ministério Público Federal para iniciar a contagem do prazo prescricional, mostra-

⁹ Ainda não havia sido decidida a questão da modalidade de crime referente à lavagem de dinheiro, de modo que nesse caso em específico ela foi entendida como um crime permanente. Ademais, cabe ressaltar a problemática envolvendo o contexto do caso, o qual julgou o sr. Paulo Salim Maluf, pessoa com grande importância no cenário político do País. Para tanto, pautar uma orientação jurisprudencial em casos com tamanha especificidade pode acarretar em problemáticas jurídicas para casos ditos comuns de lavagem de dinheiro.

se evidentemente uma situação que fere os princípios do devido processo legal e ampla defesa, com relação direta ao atingir uma possível imprescritibilidade caso o fato jamais fosse descoberto, o que, por sua vez, esbarra na situação de a lavagem de dinheiro não entrar nas hipóteses assim delimitadas na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, nesse caso, vislumbra-se um prejuízo imenso para a questão defensiva, uma vez que, pautar o crime como permanente, seria pressupor que o agente estaria, por sua vontade, continuamente praticando o crime de modo que o fato criminoso, por pressuposto, alongar-se-ia no tempo.

Todavia, de modo diverso, entende-se nesse trabalho que a ocultação, no âmbito lavagem de dinheiro, corresponde a um crime de modalidade instantânea, sendo apenas seus efeitos como permanentes, ou seja, o crime é consumado no momento da ocultação, de modo que a consequente afetação permanente independe da vontade do agente.

De mais a mais, agrava-se a situação quando, para além de considerar o crime de lavagem como permanente, os Ministros, em seus votos, determinarem o início do marco prescricional a partir do conhecimento do fato criminoso pelo Ministério Público Federal.

Pois bem. Interpretar tal casuística, nesse sentido, seria permitir, caso não fosse descoberto o caso pelo órgão acusatório, uma possível denúncia sem considerar uma eventual hipótese de prescrição, visto que o marco prescricional somente ocorreu no caso em comento a partir do conhecimento das autoridades acusatórias.

Em outras palavras, caso o descobrimento nunca tivesse acontecido, jamais se falaria em início do marco prescricional, ou pior, para fins práticos, em casos que o réu não tivesse idade avançada, isso poderia problematizar mais ainda a situação, permitindo uma denúncia, por hipótese, após quarenta anos de uma possível ocultação em lavagem de dinheiro.

Ainda, cabe salientar que, diferentemente do que foi apresentado no acórdão, na lavagem de dinheiro, a ocultação, não pode ser a mesma de uma situação de ocultação de cadáver. Esta se relaciona diretamente com o bem oculto, aquela, por sua vez, está relacionada com a origem ilícita do bem, de modo que o bem em si muitas vezes pode estar escancaradamente exposto.

Deste modo, não podemos deixar essa questão à margem das discussões e entendimentos, uma vez que tem uma importância imprescindível no processo de estudo da lavagem de dinheiro.

Ainda, no tocante ao advento da Lei nº 12.863/2012 e a depender da interpretação atribuída ao tema, a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, pois estaria perpetrada no tempo, ainda que esses novos aspectos sejam mais prejudiciais e atuem com maior gravidade ao agente.

Cabe reiterar a necessidade de um bom entendimento sobre a teoria do crime e parte geral do Código Penal sob a luz desses conceitos, haja vista abarcarem, e muito, as problemáticas apresentadas na lavagem de dinheiro, principalmente em casos práticos, como apresentado na Ação Penal nº 863/SP julgada pelo STF.

Assim, diante dos conceitos e em que pese as divergências expostas, entende-se que a Lavagem de Dinheiro é um crime que pertence à modalidade instantânea, mas de efeitos permanentes, pois a aparência lícita é apenas um desdobramento permanente de um ato inicial e instantâneo, diante de uma conduta já praticada, qual seja, a de ocultação ou a sua continuação, em um caráter de dissimulação.

Portanto, sob um ponto de vista de consumação, esta ocorre no momento do ato, todavia, seus efeitos lesivos perduram no tempo de modo permanente.

Tais ações são responsáveis por afetar bem jurídicos diversos, delimitados, com a devida ressalva, à Administração da Justiça em todos os casos, uma vez que seu objeto é auferir uma aparência lícita a bens ou valores de proveniência ilícita e à Ordem Econômica e Social em situações específicas, em consequência das lesões proveniente do ato de lavar dinheiro em uma sociedade capitalista.

Ademais, deve-se esclarecer que tais exercícios prejudicam e muitas vezes impedem totalmente os ímpetus das investigações policiais, bem assim o da persecução penal, uma vez que põem em risco a sua operacionalidade, ofendendo, pois, a ordem pública e colocando em risco a proteção social, abarcada pela própria administração da justiça, a qual não consegue ser devidamente aplicada, sendo, portanto, frustrada em sua atuação.

Quanto às situações referentes à Ordem Econômica e Social, essas devem ser verificadas nas especificidades dos casos, uma vez que nem todo ato de lavagem de dinheiro seria, em tese, substancialmente relevante no quesito material para lesá-las.

A análise social, além disso, está intimamente ligada à situação econômica, pois aquela é consequência desta, uma vez que inserindo suficientemente capitais ilícitos, tais ações poderiam afetar a economia como um todo e, conseqüentemente, a sociedade, de forma ampla e generalizada, principalmente em um aspecto relacionada a grandes períodos de

desemprego e práticas consumeristas, haja vista o enfraquecimento da economia, como foi demonstrado nos anos de Operação Lava-Jato.

Portanto, resta-se concluído o que havia para ser abordado e analisado no quanto delimitado pelo tema em apreço, de modo que se evidenciou a complexidade jurídica, tanto no âmbito prático, quanto no teórico a respeito da lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais, comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas: com comentários, artigo por artigo, à lei 9.613/1998*. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 21ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial 5*. 9ª ed. rev. ampl. atual.. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: crime permanente ou instantâneo*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro é crime permanente ou instantâneo?* 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 191. Paulo Salim Maluf e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 29 de agosto de 2017. Brasília, 23 maio 2017.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: A questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. 2ª ed. Navarra: Arazandi, 2002.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de Direito Penal Parte Geral: arts. 1º ao 120*. 3ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume I, Tomo I, Arts. 1º ao 10*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral: Volume I, Artigos 1º a 120 do Código Penal*. 13ª ed. rev. ampl. atual. até 1º de janeiro de 2011. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini,; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

MAIA, Antônio Tigre. *Lavagem de Dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime): Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98*. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: Jurisprudência, Conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 10ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Juarez Sirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 6ª ed. atual. ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.