

DA RELAÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE OS CRIMES TIPIFICADOS NA LEI 9.613/98 COM OS CRIMES QUE LHE SÃO ANTECEDENTES, VERSUS O DISPOSTO NO ARTIGO 91, II, B, DO CPB, E O ART. 2º, II, DA REFERIDA LEI 9.613/98, NO TOCANTE À PROCEDIBILIDADE DA PRÓPRIA AÇÃO PENAL.

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Em cumprimento à Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes, celebrada em 1988 e que foi adotada por nosso País a partir de 14.06.91, por força do Decreto-Legislativo 162, é que se editou a Lei 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos em tal Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

Em termos de definição jurídica dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, nos precisos termos em que são postos os tipos penais presentes em tais dispositivos legais, tem-se, segundo o disposto no art. 1º da referida Lei, que o fato de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes de tráfico; terrorismo; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública, incluídos, entre estes, o tipificado no art. 316 do CPB - concussão -; contra o Sistema Financeiro Nacional; o praticado por organização criminosa, será punido com reclusão de três a dez anos e multa, incorrendo na mesma pena, conforme estabelecido no parágrafo 1º do mesmo artigo, quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes antecedentes referidos em tal artigo os converter em ativos lícitos; os adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guarda, tiver em depósito, movimentar ou transferir; ou importar ou exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. Por dispositivo do parágrafo 2º do referido art. 1º, também incorrerá na mesma pena quem utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos em tal artigo; ou participar de grupo,

associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos em tal Lei.

O Código Penal Italiano¹ *Codice penale, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398*. 1, aprovado pelo Decreto régio de 19 de outubro de 1930, de número 1398, em seu livro segundo² *Dei delitti in particolare*. 2, título XIII³ *Dei delitti contro il patrimonio*. 3, capítulo segundo⁴ *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*. 4, em seu art. 648, sob o título - *ricettazione* (receptação), apena com reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos e com multa de um milhão a vinte milhões de liras, aquele que, fora dos casos de concorrência na prática de crimes tratados nos arts. 110 e seguintes do mesmo código (hipóteses que não tratam, propriamente, de co-autoria criminosa)⁵ *Art. 110. Pena per coloro che concorrono nel reato. - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti. Art. 111. (Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile);*

113. (Cooperazione nel delitto colposo) 5), em proveito próprio ou de outrem, adquire, recebe ou oculta dinheiro ou coisas provenientes de algum delito, ou, de alguma forma, coopera para sua aquisição, receptação ou ocultação, estabelecendo ainda tal dispositivo que tal crime não é punível com pena superior a 06 (seis) anos de reclusão ou multa superior a um milhão de liras se o fato é menos grave, não tendo, no entanto, como causa que autorize não aplicação de tais sanções penais o fato do autor do delito, do qual o dinheiro ou as coisas provenham, ser inimputável, ou não punível⁶ *Codice Penale art. 648. Ricettazione. - Fuori dei casi de concorso nel reato (c.p. 110), chi, al fine de procurare a sé o ad altri un profito, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da lire un milione a lire venti milioni. La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a lire un milione, se il fatto è di particolare tenuità. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono, non è imputabile o non è punibile*. 6. (Este artigo foi introduzido no Código Penal Italiano, em sua redação originária, em maio de 1975, com a alteração atual desde junho de 1992).

Já no art. 648, bis, sob o título *riciclaggio* (reutilização, ou pôr em circulação), tem-se como apenado com reclusão de 04 (quatro) a 12 (doze) anos e multa de dois a trinta milhões de liras aquele que, fora dos casos de concorrência na prática de crimes tratados nos arts. 110 e seguintes do mesmo código (hipóteses que não tratam, propriamente, de

co-autoria criminosa⁷ *art. 110. Pena per coloro che concorrono nel reato. - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti. Art. 111. (Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile);*

113. (Cooperazione nel delitto colposo).7), substitui dinheiro, bens ou outras utilidades provenientes dos crimes de roubo agravados (quando a violência ou ameaça é cometida com arma, ou por pessoa disfarçada, ou por pessoas reunidas, ou ainda, se a violência consistir em reduzir a capacidade de querer ou de agir do agredido, ou a violência ou ameaça é praticada por pessoa que integre associações do tipo mafioso⁸ *Codice Penale, art. 628, 1 a 3.8*), por extorsão agravada (igualmente com as mesmas circunstâncias agravantes do crime de roubo⁹ *Codice Penale, art. 6299*), de seqüestro de pessoa com o fim de extorsão¹⁰ *Codice Penale art. 63010* ou de delitos concernentes à produção ou tráfico de substâncias tóxicas ou psicotrópicas, por outro dinheiro, bens ou outras utilidades, ou ainda cria obstáculo para identificação da origem dos mesmos acima falados. Tem-se como agravante ter o fato sido cometido no exercício de uma atividade profissional, aplicando-se, ainda, a pena, mesmo quando o autor do delito, do qual o dinheiro ou as coisas provenham, seja inimputável, ou não punível¹¹ *Codice Penale art. 648.bis . Riciclaggio. - Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con altro denaro, altri beni o altre utilità, ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni. La penaa è aumentata quando il fatto è comesso nell'esercizio di un'attività professionale. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.11.* (Este artigo foi introduzido no Código Penal Italiano, em sua redação originária, em março de 1978, com a alteração atual desde junho de 1992).

E no art. 648 terceiro, sob o título Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, pune tal Código com reclusão de 04 (quatro) a 12 (doze) anos e multa de dois a trinta milhões de liras, aquele que, fora dos casos de concorrência na prática de crimes tratados nos arts. 110 e seguintes do mesmo código (hipóteses que não tratam, propriamente de co-autoria criminosa¹² *Art. 110. Pena per coloro che concorrono nel reato. - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo*

stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti. Art. 111. (Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile);

113. (Cooperazione nel delitto colposo).12), emprega em atividades econômicas ou financeiras dinheiro, bens, ou outras utilidades provenientes de crimes de roubo agravado, extorsão agravada, seqüestro de pessoa com o fim de extorsão, ou de delitos concernentes à produção ou tráfico de substâncias tóxicas ou psicotrópicas, tendo-se como agravante ter o fato sido cometido no exercício de uma atividade profissional, aplicando-se, ainda, a pena mesmo quando o autor do delito, do qual o dinheiro ou as coisas provenham, seja inimputável, ou não punível¹³Codice Penale art. 648. ter. Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. - Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648 bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni. La pena è aumentata quando il fatto è comesso nell'esercizio di un'attività professionale. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.13. (Este artigo foi introduzido no Código Penal Italiano, em sua redação originária, em março de 1990, com a alteração atual desde junho de 1992).

Em artigo intitulado A legislação sobre "lavagem" de dinheiro, publicado na R. CEJ, n. 5. p. 33 a 39, mai/ago 1998, em cuja abertura se lê:

"Os negócios são a mais nova fronteira da criminalidade planetária. Eles devem ser enfrentados com instrumentos novos que incluam bancos e sociedades financeiras. É preciso criar uma barreira enorme capaz de impedir que o dinheiro mafioso seja 'lavado' e aplicado na economia" palavras de Alfredo Biondi, Ministro da Justiça da Itália em entrevista concedida ao Jornal O Globo, em 20.11.1994;

"Se a atividade ilícita de 'lavagem' de dinheiro não for reprimida, ela poderá corroer a integridade das instituições financeiras, com efeitos danosos sobre a economia nacional e a sociedade como um todo". Palavras de Gabriel Jorge Ferreira, Lavagem de Dinheiro, análise do Projeto de Lei, Revista do Direito Bancário, São Paulo, n. 1, jan/abr. 1998;

Arnoldo Wald tem como de maior importância a promulgação da referida Lei 9.613/98, para quem tal diploma se apresenta bastante oportuno "especialmente no momento em que se reconhece a necessidade de medidas enérgicas contra a circulação do dinheiro decorrente de crimes, que está alcançando valores astronômicos, podendo atingir,

segundo o Fundo Monetário Internacional, cerca de um trilhão de reais".

Em analisando o mérito de tal diploma legal, o mesmo articulista salienta a extensão de sua incidência além da "lavagem" dos recursos do tráfico das drogas e do crime organizado, também ao dinheiro decorrente do terrorismo, do contrabando ou tráfico de armas, da extorsão mediante seqüestro, dos crimes contra a Administração Pública e Sistema Financeiro Nacional e dos praticados por organização criminosa, identificando em tal diploma legal uma verdadeira lei contra a fraude, na área pública, e a corrupção sob as diversas formas, no quanto equipara, para tal fim, segundo palavras do autor, o Sistema Financeiro à Administração Pública, o que se lhe apresenta justo, sempre que o ilícito é cometido contra o Tesouro Nacional ou contra os poupadores e investidores e as demais entidades financeiras para neles fazer os seus depósitos e outras operações¹⁴. R. CEJ, Brasília, n. 5. p. 33 a 39, mai/ago. 1998.14.

Em comentando referida Lei 9.613/98, Ives Gandra da Silva Martins, em artigo intitulado A esdrúxula lei da "lavagem" de dinheiro, publicado na mesma R. CEJ, n. 5. P. 28 a 32, mai/ago. 1998¹⁵15, inicia tal artigo, textualmente, afirmando:

"A Lei 9.613/98, que cuida dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores é diploma penal cuja abrangência causa espécie e cujo texto peca pela imperfeição técnica e falta de rigor científico".

Passo a examinar referido diploma sob o enfoque a que me propus desenvolver neste trabalho, qual seja, da relação ontológica entre os crimes tipificados em tal lei com os crimes que lhe são antecedentes, versus o disposto no artigo 91, II, b, do CPB e o art. 2o, II, da referida Lei 9.613/98, no tocante à procedibilidade da própria ação penal.

Por primeiro, observo que o nosso Código Penal, a exemplo do Código Penal Italiano¹⁶*Codice Penal Italiano, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Art. 1. Reati e pene: disposizione espressa di legge. - Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto como reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*.¹⁶, inicia, estabelecendo, em respeito ao princípio nullum crimen, nulla poena sine lege, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal^{17o}.¹⁷, dispositivo este que está listado entre os direitos individuais elencados como direitos e garantias fundamentais pela nossa Carta Magna^{18o}.^{xxxix}.¹⁸, a exemplo do que, igualmente, ocorre na Constituição Italiana¹⁹*Costituzione della Repubblica Italiana, 1948 - Parte I - Diritti e Doveri Dei Cittadini - Titolo I, Rapporti Civili, art. 25, secondo - Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sai entrata*

in vigore prima del fatto commesso.¹⁹.

Importa observar que, ainda, a exemplo do Código Italiano²⁰ *Codice Penal Italiano, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Art. 1.20*, o nosso Código Penal, em seu art. 2º, ao tratar da lei penal no tempo, em respeito ao princípio da anterioridade da lei, não fala em crime punível, mas sim na punição de fato considerado pela lei como crime em uma alusão ao reato fatto italiano já tratado como fatto spèce no art. 1º de tal Lei Penal - un fatto espressamente preveduto como reato dalla legge.

Joahannes Wessels, professor da Universidade de Münster, em seu *Strafrecht*, em estudando a estrutura fundamental do injusto penal, tem o mesmo constituído pela realização do tipo legal, aquele, exatamente, que tem como partida e fundamento de sua formação o bem jurídico a ser protegido, tendo tal autor que "toda disposição penal compreende os elementos relacionados ao fato e ao autor, cuja existência constitui pressuposto para a punibilidade da conduta".

É ainda o mesmo Wessels que, em estudando a relação entre tipo e antijuridicidade, tem que uma ação é antijurídica no momento em que ela realiza um tipo de injusto e não se encontra acobertada por uma causa justificante²¹ *Direito Penal - Parte Geral*, tradução de Juarez Tavares, Sergio Antônio Fabris Editor, 1976, Porto Alegre.21.

Para Aníbal Bruno cabe ao tipo descrever a ação que ameaça ou ofende o bem a que se concede proteção penal, no quanto, para aquele autor, o tipo se lhe apresenta, "realmente" como a criação decisiva do Direito Penal, no quanto nele se identifica a formulação, em termos precisos e bem definidos, do fato a que se quer atribuir o caráter de crime, vez que, para ele, "é a exigência da adequação ao tipo que traça a rígida delimitação, asseguradora da liberdade, entre a zona do ilícito penal, sobre o qual pesa a ameaça de punição, e a do lícito ou do ilícito não penal".

Aníbal Bruno, em tendo que o fato para constituir-se em crime, se faz necessário que com a tipicidade concorram os outros elementos conceituais da ação punível, seu caráter ilícito e a culpabilidade e, principalmente, que não ocorra qualquer causa capaz de excluir a antijuridicidade, tem que desta se distingue essencialmente a tipicidade, inobstante o tipo sirva de indício à ilicitude do comportamento por ele definido, pois, no domínio penal, a forma de expressão do ilícito é o tipo e, somente ele, representa a antijuridicidade penalmente relevante, só ele comunica à Parte Especial da Lei Penal uma função de garantia, no quanto reduz o poder estatal de punir fatos somente fixados com precisão como puníveis, somente ele cria o necessário regime de estabilidade e segurança, fornecendo, pois, meio para que se cumpra o princípio liberal da absoluta legalidade do

Direito punitivo²² *Direito Penal*, Parte Especial, tomo 4^o, Forense.22.

Nelson Hungria, ao cuidar do fato típico, doutrina que o crime é, antes de tudo, "um fato", fato este que "deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador", a cujo caráter se chama tipicidade.

Tal apresenta-se a força do tipo para Hungria que, para o mesmo, a excepcional licitude de um fato correspondente a um tipo de crime somente pode ser encontrada na órbita do direito positivo, não se apresentando, pois, admissível, àquele Mestre, a existência de um direito rondando fora, acima ou a latere da esfera legal, que tem como incompatível com o positivismo jurídico o supralegalismo de Mezger²³ *Tratado de Derecho Penal*, in Hungria, *Comentários ao Código Penal*.23.

Não tendo a punibilidade como elemento componente do crime, apesar de nela identificar a nota específica do crime, pois somente ela assina, de modo inconfundível, o ilícito penal, em cotejo com o ilícito civil e ilícito administrativo, entre outros, o mesmo Nelson Hungria observa não serem de confundirem-se as condições de punibilidade - circunstâncias que para ele se encontram extrínsecas ao crime e assim não se encontram nos campos da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade - os chamados "pressupostos" do crime, que, para ele, são, exatamente, fatos ou situações preexistentes a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes, fatos estes que, embora extrínsecos à atividade do réu, passam a fazer parte integrante, vale dizer, elemento constitutivo, do crime in specie, como ocorre, segundo exemplo elencado em sua obra²⁴ *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo 2^o, 3^a edição, Revista Forense²⁴ pelo próprio Autor, com a existência de casamento anterior no crime de bigamia, a qualidade de funcionário público do sujeito ativo nos crimes funcionais ou do sujeito passivo no desacato.

De importância atentar-se, igualmente, para as lições de Wessels quando o mesmo afirma que "à totalidade dos pressupostos da punibilidade designa-se tradicionalmente como tipo em sentido amplo", identificando como elementos especificamente integrantes do tipo injusto os descritivos - atinentes aos elementos que através de simples descrição expressam concretamente o que pertence à proibição ou ao comando típicos -; os normativos - carecedores de complemento de valor - aqueles, pois, que, nas circunstâncias do fato, só podem ser pesados sob o lógico pressuposto de uma norma e determinados pelo juiz por via de um juízo de valor supletivo - v.g. "alheio" da coisa ou a "intenção de se apropriar" -; os objetivos ou externos - circunstâncias que determinam o quadro externo do surgimento do fato, que podem, assim, ser descritivos ou normativos,

mas sempre relacionados com o fato ou com o autor -; e elementos subjetivos - que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor²⁵ *Direito Penal - Parte Geral*, tradução de Juarez Tavares, Sergio Antônio Fabris Editor, 1976, Porto Alegre.25.

Neste particular, atente-se ao disposto no art. 44 do Código Penal Italiano que, em tratando da condição objetiva de punibilidade, estabelece que, quando para a punição do crime a lei requer verifique-se a existência de determinada condição, o culpado responde pelo crime, mesmo que o evento, do qual dependa a verificação da existência daquela condição, não seja tributado à sua vontade²⁶ *Codice Penal Italiano, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Art. 44. Condizione obiettiva di punibilità. - Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.*26.

Em cuidando do ser, a metafísica tem a essência como aquele elemento que faz com que a coisa seja o que é, ou seja, por essência ter-se-á a soma de qualidades que estão na própria estrutura do ser, que em sua individualidade, em termos de identidade, se manifesta na sua realidade ontológica com suas próprias características, pelas quais há de distinguir-se de todo e qualquer outro ser.

Dentro, pois, da relação ontológica entre o tipo e a punibilidade, dentro da necessidade de ordenação dos fatos puníveis, em termos de classificação dos crimes, vale dizer, dos tipos penais, inobstante, dentro da história dos trabalhos desenvolvidos sobre a matéria, alguns tenham, seguindo a doutrina de Sauer²⁷ *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim, 1949.27, optado por procurar ordenar os fatos puníveis levando em conta os motivos que os determinou, deslocando-se assim, para efeito de tal classificação, do elemento tipo para o elemento da culpabilidade, o certo é que, atendendo aos próprios limites de tal esquema, pois, em cuidando dos motivos geradores do crime - ódio, inveja, vingança, ciúme, ambição, concupiscência, e toda gama de motivos que se encontram na base do agir do homem, como lembra Aníbal Bruno, nenhum outro critério para a classificação dos crimes supera o do bem jurídico, exatamente aquele referido no tipo como protegido pela lei penal, quando se descreve a ação que o ameaça ou o ofende. Ou seja, no tipo identifica-se o elemento essencial, ou a soma das características que integram a própria estrutura ontológica do crime por ele definido como fatto spècie, capaz de distingui-lo dos demais tipos penais, pois pelo tipo se identifica o crime.

Assim sendo, do mesmo modo que, dentro dos crimes contra a pessoa, pela definição

jurídica contida no caput do art. 121 do CPB, identifica-se o crime de homicídio, e assim o distingue dos demais, como, por exemplo, os crimes de lesão corporal, art. 129, de abandono de incapaz, art. 133, ou do crime de calúnia, art. 138, ou dos crimes contra o patrimônio, ou mesmo contra a propriedade imaterial, igualmente, por sua definição jurídica contida no art. 1º e seus §§ 1º e 2º da Lei 9.613/1998, identificam-se os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, distinguindo-se-lhes, igualmente, por tal definição dos demais crimes, entre eles aqueles que, dentro de sua estrutura ontológica, lhe são antecedentes, no caso, os de tráfico; terrorismo; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção etc.

De uma leitura do referido art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º da Lei 9.613/1998, verifica-se integrar a própria estrutura ontológica de tais crimes:

1. em termos de antecedente ontológico, ou seja, em termos de necessária preexistência à perfeição de tais crimes, a existência de qualquer dos crimes elencados como antecedentes em tais dispositivos legais;
2. que se oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de tais crimes elencados como antecedentes;
3. ou que, para ocultar ou dissimular a utilização de tais bens, direitos ou valores, os converta em ativos lícitos, os adquira, receba ou os troque, negocie ou os dê ou os receba em garantia, guarde-os, ou os tenha em depósito, movimente-os ou os transfira;
4. ou, ainda, utilize tais bens, direitos ou valores na atividade econômica ou financeira;
5. ou, finalmente, que se participe de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária se dirige à prática dos crimes tipificados acima.

Atente-se que, no tocante aos crimes elencados no art. 648, 648 bis e 648 terceiro, o Código Penal Italiano, por ter a existência dos crimes identificados como antecedentes condição da própria perfeição dos crimes descritos naqueles tipos penais, mesmo não tendo como causa que autorize a não punição de tais crimes o fato do autor do delito antecedente, do qual o dinheiro ou as coisas provenham, seja inimputável, ou não punível, não deixa de vincular a perfeição dos crimes descritos no art. 648 à prática dos crimes elencados em tal artigo como antecedentes.

Nelson Hungira, em classificando os crimes, ao falar dos crimes principais e acessórios, tem estes a pressupor a anterioridade daqueles que dentro de tal relação ontológica lhe são principais, e, a título de exemplo, elenca os de receptação e de favorecimento.

Na Revisão Criminal 3/92 - PE, e cuja Relatoria me coube, em voto acolhido à unanimidade pelo Egrégio Plenário do TRF da 5a Região, em sessão de 09 de março de 1994, registrei textualmente:

"Sendo o crime de peculato, quer na modalidade dolosa, quer na modalidade culposa, crime próprio de funcionário público, e tendo tal crime como antecedente lógico, em termos fáticos, vale dizer, como antecedente ontológico, agir primeiro, dentro de uma rede de condutas, uma falta administrativa, importa observar, como já doutrinara Helly Lopes Meirelles, que, se por um lado, é possível identificar um falta administrativa residual, onde não se identificou conduta alguma criminosa, cuja conseqüência seria cobrarem-se do funcionário faltoso as responsabilidades administrativas e civis, com a indenização do prejuízo causado à Administração Pública, não há que falar-se em responsabilidade civil, obrigação de indenização, onde não se achou falta alguma administrativa, como, igualmente, não se achando no comportamento do funcionário falta alguma administrativa, também não há como identificar-se no seu agir crime algum praticado no exercício ou em razão do exercício de sua função pública.... É o caso presente. Considerando que a decisão do TCU foi publicada no Diário Oficial da União de 14.01.91, enquanto o trânsito em julgado do acórdão, cuja Revisão se pede, se deu em 07.08.89, considerando que a conclusão do TCU, no sentido de determinar a baixa na responsabilidade dos administradores da UFRPE (entre eles o ora requerente) e arquivamento dos processos de prestação de contas daquela Universidade, exercício de 1983 a 1986, se constituiu em eximir de responsabilidade civil aqueles administradores, responsabilidade esta que seria conseqüência lógica da responsabilidade administrativa, um prius lógico e ontológico, quer quanto à responsabilidade de reparação do dano quer quanto à responsabilidade penal, impõe-se concluir pela não identificação na conduta dos Administradores daquela Universidade, dentre eles o requerente, de culpa penal alguma na ação noticiada nestes autos, impondo-se, no caso, conseqüentemente, que revisto aquele processo, se vá mais além que simplesmente desconstituir o julgado, absolvendo-se o ora requerente, como resultante de uma reapreciação de sua conduta, dentro de um juízo de valor não prestigiado na decisão cuja desconstituição de ora se impõe".

Tal entendimento vem, de modo pacífico, aplicando-se em relação aos crimes contra a ordem tributária, conforme a inteligência que a jurisprudência vem dando ao art. 83 da Lei 9.430/96. Neste sentido, chamo à colação o Acórdão da Egrégia Segunda Turma do mesmo TRF da 5a Região no HC 716 - PB, cuja Relatoria me coube, e onde aquela Egrégia Turma, em sessão de 27 de maio de 1997, à unanimidade acolheu meu voto, do

qual destaque:

"Não se há negar que o término do procedimento administrativo, ainda pendente, comprovará, ou não, a materialidade delituosa, decorrente das ações do contribuinte, razão por que não se pode considerar presente justa causa para a ação penal, antes do resultado advindo da instância administrativa, que indicará a supressão ou redução do tributo devido pelo acusado..."

Observo, no entanto, que de modo, como diria Ives Gandra, esdrúxulo, a Lei 9.613/98, após descrever nos tipos presentes em seu art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º os elementos que hão de identificar com formulação precisa e bem definida dos fatos a que atribui o caráter de crime, estabelece no art. 2º, II, no tocante à procedibilidade da própria ação penal, que o processo e julgamento dos crimes previstos em tal Lei independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país.

Ora, em se falando de crime, principalmente quando o mesmo está intimamente ligado a um outro ilícito penal dentro de uma relação ontologicamente necessária e estabelecida por lei, em termos de antecedência à perfeição daquele ou daqueles que lhe serão conseqüentes, está-se a falar de fato assim encontrado por decisão judicial, no quanto a certeza jurídica para que se tenha uma conduta como criminosa não existe, não vale, senão decorre de uma sentença penal, cuja eficácia resultará de seu trânsito em julgado, pois o que dantes existe é mera especulação, uma ação noticiada como ilícita a embasar, no máximo, uma denúncia, que, sob o enfoque processual penal, se recebida, dará ensejo a investigação de tal conduta no juízo cognoscitivo penal, onde, no desenvolvimento da *persecutio criminis*, ter-se-á como regra absoluta o respeito ao devido processo legal, onde, o *onus probandi* caberá ao titular da ação e não ao réu. Vale dizer, não será aos réus que caberá provar que tais bens, direitos e valores não provêm da prática dos crimes antecedentes, nem tampouco provar a inexistência de tais crimes, mas ao Estado, através do MP, que arcará com o ônus de provar, por primeiro, a existência de tais crimes antecedentes e, igualmente, a vinculação de tais bens, direitos e valores com ditos crimes.

Não há esquecer, como acima vimos, segundo doutrina de Aníbal Bruno, que, cabendo ao tipo descrever a ação que ameaça ou ofende o bem a que se concede proteção penal, há de atentar-se que somente ele, no quanto representa a antijuridicidade, comunica à Parte Especial da Lei Penal uma função de garantia, no quanto reduz o poder estatal de punir fatos somente fixados com precisão como puníveis e, somente ele, cria o necessário

regime de estabilidade e segurança, fornecendo, pois, meio para que se cumpra o princípio liberal da absoluta legalidade do Direito punitivo²⁸ *Direito Penal*, Parte Especial, tomo 4^o, Forense.28.

E tal estabilidade e segurança, acaso ofertados pelos tipos da Lei 9.613/98, desapareceriam totalmente à vista da norma de ordem processual estabelecida em seu art. 2o, inciso II, da mesma Lei.

E é de falar-se em estabilidade e segurança acaso ofertados, pois, como observa Ives Gandra no artigo acima citado, no momento em que " a extensão da pena prevista no art. 1o pode transformar em co-autores todos aqueles que, mesmo sem o saber, estejam em contato com criminosos, pois se trata de crime de conduta e não de dano, uma simples notícia de jornal sobre o cliente de um banco a respeito de qualquer das hipóteses previstas, pode vir a ser considerada como fonte de conhecimento para os administradores da instituição, colocando-os, em tese, na condição de conhecedores de eventual crime definido no art. 1o, gerando, pois, risco para todo o sistema financeiro, visto que, teoricamente, as empresas e pessoas que fazem circular recursos pelo sistema podem vir a estar enquadrados em crime de sonegação ou lavagem de dinheiro". E a situação de insegurança e instabilidade, quer para o Estado, quer e principalmente para o cidadão, se mostram patentes quando, conforme observações de Ives Gandra, no artigo supracitado, pelos §§ 1o e 2o do referido art. 1o da Lei 9.613/98, na forma em que se encontram redigidos, "todos os gerentes de bancos, todos os dirigentes das estatais, todos os dirigentes de empresas do Brasil são potenciais criminosos, pois sabem que gira dinheiro do narcotráfico - em qualquer empresa de capital aberto no mundo, sem exceção -, apenas não sabendo quem são os narcotraficantes, mas, mesmo assim, estão, em razão da redação de tais parágrafos, sujeitos às mesmas penas dos criminosos".

E observa o mesmo Ives Gandra que "imprecisão e abrangência desse nível os nossos legisladores-juristas do passado não cometeriam". E conclui o art. 2o, inciso II e seu § 1o (que estabelece que a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime) são pérolas dignas dos sistemas jurídicos de Saddam Hussein ou Hitler".

Partindo do princípio que todo o poder conferido ao Estado por aqueles de quem emana tal poder e para quem e por quem, dentro de uma necessária participação, o Estado deverá exercê-lo, primordialmente para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, como se registra no preâmbulo de nossa Carta Maior, indiscutível caber ao Estado o direito, dentro da eleição dos bens a merecerem sua tutela, segundo os ditames de uma axiologia fundada nos princípios da moralidade e verdade administrativas, proteger a sociedade da ação nefasta do crime, principalmente daqueles que mais afetam a dignidade humana, como ocorre em relação aos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, de terrorismo, de extorsão mediante seqüestro, de contrabando ou tráfico de armas, ou aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, os praticados contra a Administração Pública e todo aquele praticado por organização criminosa e, assim, indo mais além do estabelecido já no art. 91 do CPB em seu inciso II, b, mais do que simplesmente ter como efeitos da condenação penal a perda a favor da União do produto do crime, ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, como o determina, igualmente, a Lei em exame, em seu art. 7º, em seu inciso I, ter como ilícito penal qualquer medida dirigida a preservar tais bens, direitos ou valores provenientes de tais crimes, como ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, ou, ainda, para ocultar ou dissimular a utilização dos mesmos, convertê-los em ativos, ou os adquirir, ou tem outra conduta dentre aquelas delineadas no inciso II do § 1º do referido art. 1º, ou mesmo qualquer das condutas descritas no inciso I do seu § 2º .

Assim, já se houve a nossa legislação penal, quando, em relação a determinadas circunstâncias que foram inseridas ao tipo como pressupostos do crime, em termos de fatos ou situações preexistentes ou coexistentes com a própria ação descrita como típica, os eleva à categoria de tipos autônomos, no quanto passam a descrever, dentro do gênero, uma nova espécie de ilícito penal, como ocorre com o crime de roubo (art. 157 do CPB), que, dentro do gênero dos crimes contra a propriedade, e, em especial, ao de furto (art. 155), tendo como núcleo de conduta o mesmo encontrado em tal crime - subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel -, em face de circunstâncias que envolvem tal conduta - o uso de ameaça ou violência, ou qualquer meio capaz de reduzir a pessoa à impossibilidade de resistência, depois de haver a coisa - tem no caso um específico crime, o de roubo.

Ou, ainda, a hipótese do art. 291, que tem como crime circunstância que, na verdade, não seria punível, por constituir-se, em relação ao iter criminis do crime de moeda falsa, em

meros atos preparatórios, connatti remotti, na hipótese, o fato de alguém possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.

Tenho ainda como ininteligível a razão do tipo descrito no § 1º, III, do mesmo artigo 1º de tal Lei 9.613/98, senão vejamos:

"Art. 1º

§ 1º incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I....

II....

III. importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros".

É que, ao exigir-se que ao lado da finalidade de ocultar ou dissimular a utilização de tais bens, direito ou valores, circunstâncias já exigidas para perfeição dos tipos falados nos incisos I e II do mesmo artigo, exija-se, igualmente uma nova circunstância, no caso, a não correspondência dos valores com os valores verdadeiros, chega-se à absurda conclusão lógica que, encontrada tal correspondência, o fato de importar ou exportar tais bens, mesmo encontrados como oriundos dos crimes antecedentes, e, igualmente, com a finalidade de ocultar ou dissimular a utilização dos mesmos, não será crime.

Ainda em relação ao estabelecido no art. 2º, inciso II, atendendo à natureza processual de tal dispositivo, permito-me reportar-me mais uma vez à Revisão Criminal 3/92 - PE, acima citada, e destacar do meu voto ali proferido:

"Distinguindo a prejudicial da questão prévia ou preliminar (questão de ordem só processual), enquanto a prejudicial diz respeito ao próprio mérito da ação penal, é de direito substantivo autônomo que deverá ser resolvida em um outro juízo que não o criminal, ensina Magalhães Noronha que a mesma pode ser definida como a questão jurídica que se apresenta no decurso da ação penal, versando sobre o elemento integrante do crime e cuja solução, escapando à competência do Juiz Criminal, provoca a suspensão daquela ação. É ainda o mesmo mestre que, reportando-se a ensinamentos de Eduardo Espínola Filho, afirma que não restringiu-se a nossa Lei Processual Penal quando cuida das prejudiciais tão-só à questão prévia de Direito Civil, pois "o que se entende, empregando o adjetivo civil, é estabelecer a antítese entre os juízos criminais e civis, compreendidas nestes últimos não só as varas civis, como as administrativas, e as dos feitos da Fazenda Pública. De modo que são prejudiciais as questões que se

mantiverem independente da ação penal e devam ser submetidas a juízo não criminal".

Atendendo que, segundo as lições de Nelson Hungria, no quanto há a distinguir as condições de punibilidade - circunstâncias que para ele se encontram extrínsecas ao crime e assim não se encontram nos campos da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade - dos chamados "pressupostos" do crime, que, para ele, são, exatamente, fatos ou situações preexistentes, a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes, fatos estes que, embora extrínsecos à atividade do réu, passam a fazer parte integrante, vale dizer, elemento constitutivo do crime in spècie, como ocorre em relação à proveniência dos bens, direitos e valores falados na Lei 9.613/98 dos crimes nela enumerados como antecedentes aos crimes nela tipificados, a hipótese, por dizer respeito à própria perfeição do tipo, que há de ser em sua inteireza, de modo a poder em tal conduta identificar-se a prática do ilícito descrito no referido tipo, tem-se que a matéria atine ao próprio mérito da ação penal, de modo a, não provada a existência do crime antecedente - existência que em termos de segurança jurídica só haverá com o pronunciamento jurídico penal em definitivo - decisão condenatória trânsita em julgado - resultará na necessária e conseqüente absolvição do réu, tal qual a autorizaria o fato de não conseguir o dominus litis provar a proveniência de tais bens, direitos e valores com alguns daqueles crimes antecedentes, provadamente encontrados como praticados. A hipótese, mais do que deva tratar-se como prejudicial, há de ser tratada como de mérito do próprio pedido condenatório, vale dizer, da procedência ou não de tal pedido, quando, não de rejeição da própria denúncia, por o fato, à manifesta falta de perfeição do tipo, prima facie, de modo evidente, não constituir crime.

O grave é que tais imperfeições poderiam ser corrigidas se, em vez de falar-se em crimes antecedentes, ou mesmo em crimes, se falasse em atos que autorizassem presumir a prática de tais crimes, ou, em relação ao tipo presente no art. 1o , § 1o , III, se falasse somente em importar ou exportar, sem qualquer preocupação do valor de tais operações. São estes alguns pontos que entendo exigem uma mais profunda reflexão, no quanto, inobstante não se possa negar a importância e necessidade de uma legislação destinada a coibir crimes tão graves e danosos para toda a comunidade, atendendo, inclusive, que seus efeitos não conhecem fronteiras, como o são os retratados nos tipos penais presentes na Lei 9.613/98, não se pode descuidar da necessidade de aparar-se de tal dispositivo arestas que deixam tão à vista imperfeições técnicas e falta de rigor científico, como os aqui encontrados.