

DIÁLOGOS

Com muita satisfação, o Boletim do IBCCRIM inaugura, na edição de março, a seção **DIÁLOGOS**.

Nesta seção, um autor discorrerá sobre determinado tema controverso que se encontra no centro do debate pragmático e acadêmico. Na publicação subsequente, um segundo autor fará comentários críticos, também em forma de texto, ao artigo original. Em um terceiro momento, havendo interesse, o autor do texto original poderá se manifestar sobre as críticas lançadas na edição anterior.

A ideia desse espaço coincide com o espírito que inspira o resgate da necessária interlocução dogmática entre vários estudiosos, de maneira a promover um genuíno debate sobre as mais diversificadas temáticas da ciência criminal.

Abriremos este espaço com a contribuição de Pierpaolo Bottini, advogado e docente da Universidade de São Paulo. O professor defende que, em regra, a lavagem de capitais é crime instantâneo, reflexão relevante capaz de gerar consequências práticas à persecução penal.

Boa leitura.

LAVAGEM DE DINHEIRO: CRIME PERMANENTE OU INSTANTÂNEO?

MONEY LAUNDERING: PERMANENT OR INSTANTANEOUS CRIME?

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor livre docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP.

Doutor e mestre pela Universidade de São Paulo. Advogado.

ORCID: 0000-0001-8531-468X

pierpaolo@btadvogados.com.br

Resumo: O presente texto visa a examinar a natureza jurídica do crime de lavagem de dinheiro, considerando sua classificação como delito permanente ou instantâneo. Tal distinção traz diversas consequências práticas para, por exemplo, a contagem do prazo prescricional, a incidência da lei no tempo, possibilidade de prisão em flagrante. Em regra, a natureza instantânea do crime de lavagem de dinheiro, considerando a administração da justiça como o bem jurídico tutelado pela norma, é a mais adequada, ressalvados os casos de guarda ou de ter em depósito produtos de práticas ilícitas. Já o ato de participar de grupo, previsto no artigo 1º, § 2º, da Lei 9.613/98, poderá ser permanente ou instantâneo.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro; Natureza Jurídica; Instantânea ou Permanente; Crime contra a Administração da Justiça

Abstract: The purpose of this paper is to examine the legal nature of the crime of money laundering, considering its classification as a permanent or instantaneous crime. Such a distinction has several practical consequences for, for example, counting the statute of limitations, the impact of the law on time, the possibility of arrest in flagrante. As a rule, the instant nature of the crime of money laundering, considering the administration of justice as the legal asset protected by the norm, is the most appropriate, except in cases of custody or having illegal products in deposit. The act of participating in a group, provided for in Article 1, § 2 of Law 9.613 / 98, may be permanent or instantaneous.

Keywords: Coloniality of Power; Social Control; Criminalization; Racism.

Introdução

É com satisfação que aceitei o convite de Daniel Zaclis e de Daniel Salgado para inaugurar esse espaço de diálogo no Boletim do IBCCRIM, em que profissionais do direito debaterão temas polêmicos, não por amor à dialética, mas para apresentar diferentes pontos de vista sobre institutos penais, enriquecer as discussões e contribuir para o desenvolvimento da ciência.

O tema escolhido para essa primeira rodada foi a natureza do delito de lavagem de dinheiro. Caracterizá-lo como permanente

ou instantâneo tem consequências práticas para a contagem do prazo prescricional, a incidência das alterações da lei no tempo e a possibilidade de prisão em flagrante, de forma que a discussão é relevante e merece atenção.

Crimes permanentes e instantâneos

Os crimes, quanto à sua consumação, são classificados em instantâneos e permanentes. Instantâneos são aqueles concluídos com a provocação de determinado estado ou resultado, como o furto,

o roubo, o homicídio.¹ Permanentes são aqueles cuja consumação se protraí no tempo, se estende durante um período no qual o bem jurídico segue comprimido. São os crimes de gerúndio, que estão acontecendo, como a *embriaguez ao volante* (art. 306 da Lei 9.503/1997), ou a *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP).²

Há tipos penais cuja redação indica de forma clara a natureza do crime, seja pela *instantaneidade* evidente (ex. *furto*, art. 155 do CP) ou pela *permanência* evidente, como ocorre nos crimes de *posse* (ex. *ter em depósito ou trazer consigo drogas* – Lei 11.343/2006, art. 33; *possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo sem autorização* – Lei 10.826/2003).

O mesmo não ocorre em outros tipos penais cuja redação admite interpretações distintas. É o caso dos que usam o verbo *ocultar*, como ocorre com o *caput* do art. 1.º da lei de lavagem de dinheiro. Pode-se entender a conduta como crime *permanente*, com execução *em andamento*, enquanto o bem permanecer escondido; ou interpretar o ato de *esconder* como um delito *instantâneo*, consumado no momento da *ocultação* ou *dissimulação*. O crime se consumaria com a ação de *ocultar*, e a manutenção do encobrimento seria um *efeito permanente* do comportamento inicial.

A jurisprudência tem interpretado os tipos penais com o verbo *ocultar* como crimes *permanentes*, como ocorre na *ocultação de cadáver* (art. 211 do CP),³ *ocultação de documento* (uma das modalidades do art. 305 do CP)⁴ ou na *receptação* na modalidade *ocultação* (art. 180 do CP).⁵ Por isso, a doutrina majoritariamente reconhece a *lavagem de dinheiro* como crime *permanente*, sendo o mesmo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.⁶

Não nos parece a solução mais adequada.

Da natureza do crime previsto no art.1.º, caput, da Lei 9.613/98

A nosso ver, a *lavagem de dinheiro* é crime contra a administração da Justiça que se perfaz no *momento da ocultação*, quando efetivamente é afetado o *bem jurídico* tutelado pela norma penal.

Parece a interpretação mais adequada do ponto de vista sistemático, dada a natureza também *instantânea* dos demais crimes contra a *administração da Justiça*, ainda que em diversos deles os *efeitos* de obstrução do sistema judicial perdurem no tempo.

A doutrina reconhece que os crimes de *denúnciação caluniosa* (art. 339 do CP),⁷ *falsa comunicação de crime* (art. 340 do CP), *autoacusação falsa* (art. 341 do CP), *falso testemunho* (art. 342 do CP),⁸ *fraude processual* (art. 347 do CP),⁹ e *favorecimento real* (art. 349 do CP)¹⁰ – crime-irmão da *lavagem de dinheiro* – são crimes *instantâneos*. E com razão, porque neles o delito se consuma no ato inicial, com o comportamento típico, mesmo que seus efeitos sobre a administração da Justiça se prolonguem no tempo.

A despeito disso, há quem sustente que a *lavagem de dinheiro* é um crime *permanente*, porque com ela se cria um *estado de coisas antijurídico* que se perpetua no tempo, sob o domínio do agente, que pode interrompê-lo a qualquer momento.

Não parece correta a assertiva.

Fosse a *capacidade de restituição do status quo ante* o elemento definidor dos crimes *permanentes*, delitos como o furto também teriam essa natureza, pois o autor pode, a qualquer tempo, devolver os bens e fazer cessar a lesão patrimonial.¹¹ O mesmo pode ser dito dos já mencionados crimes contra a administração da Justiça. Na maior parte deles, o agente tem a possibilidade de *desafetar* o bem jurídico, bastando, para isso, revelar a fraude, a mentira, a omissão que caracterizam a conduta típica. Na *denúnciação caluniosa*, no *favorecimento real*, na *fraude processual*, o agente pode – a qualquer

tempo – fazer cessar os efeitos de sua conduta inicial, reconhecendo a *inexistência do crime/autoria* relatados à autoridade a indução ao erro processual ou revelando o proveito do delito. Porém, essa *reversibilidade dos efeitos* não é suficiente para que tais *infrações* sejam caracterizadas como *permanentes*.

O que define o *crime permanente* não é a possibilidade de cessação dos efeitos da conduta inicial por parte do autor, mas o *alongamento da própria consumação no tempo*.¹² Reale Jr. ensina que o elemento central dos crimes *permanentes* está na *incriminação da conduta criadora da situação antijurídica* e também da *conduta que a mantém*.¹³ Na *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP) ou na *redução à condição análoga à de escravo* (art. 149 do CP) há uma *continuidade da situação antijurídica*, que não decorre apenas da *continuidade dos efeitos* do ato inicial, mas da *manutenção* da afetação do bem jurídico por atos reiterados do agente delitivo. Há uma *atenção permanente*, um *esforço continuado* para *comprimir* o bem jurídico, submetê-lo ao domínio do autor, que tem controle total não apenas sobre a *cessação dos efeitos*, mas sobre o contexto de *antijuridicidade* criado e mantido.

A *permanência da consumação* exige uma *vigilância* constante, para além da mera *inércia*. Um gasto de *energia*, ainda que menor do que aquele despendido no ato inicial. Uma coisa é a *extorsão mediante sequestro* (crime permanente), em que a manutenção do *estado* de privação de liberdade exige uma *atenção continuada* sobre a vítima, outra é o *falso testemunho* (crime instantâneo de efeitos permanentes), no qual o agente *oculta a verdade*, e os efeitos nocivos de seu ato perduram no tempo *independentemente* de seu esforço.

No crime de *lavagem de dinheiro* – na forma do *caput* do art.1.º da Lei em comento – basta a *ocultação* para que o delito seja consumado. Não se faz necessário o *acompanhamento* ou a *manutenção* do mascaramento, ou mesmo sua reinserção na economia. Como ensina Roxin, ainda que em alguns *crimes instantâneos* o autor siga aproveitando-se do estado criado por seu feito, isso não pressupõe sua continuidade ou permanência.¹⁴

Aquele que deposita valores na conta de terceiros *consome* a lavagem de dinheiro naquele instante, ainda que seus efeitos sejam contínuos. A *manutenção* do mascaramento não exige *esforço* ou *vigilância*, que só será empregado se o agente buscar novos atos de *lavagem* posteriores ou a reciclagem completa do bem – que representarão *novas condutas típicas* que absorvem as anteriores. Trata-se de *crime instantâneo*.

Da guarda ou depósito como lavagem de dinheiro (art.1.º, I, da Lei 9.613/98)

O §1º do art.1º da Lei de Lavagem de Dinheiro descreve uma série de condutas que caracterizam a *lavagem de dinheiro*, desde que praticadas com a finalidade de *ocultar* ou *dissimular* bens de origem infracional. Dentre elas, algumas têm natureza *permanente*, em especial os atos de *guardar* ou *ter em depósito* o produto de crimes ou contravenções penais.

Nesse caso, e diferentemente de todas as demais formas de *lavagem de dinheiro* descritas na lei, o delito é *permanente*. Note-se que *guardar* ou *ter em depósito* é diferente de *ocultar*. Seu sentido é de *manter consigo*, *conservar*, *ter algo sob domínio próximo*, em *constante vigilância*, que exige um *esforço*, uma *atenção permanente* – ao contrário de *ocultar*, cujo sentido é *encobrir* ou *esconder das vistas* –, sendo *desnecessário* um *gasto constante de energia* para *garantir tal status*.

Em sendo *permanente* o crime nessa modalidade, a *consumação*

se alongará no tempo, até a cessação da conduta, que ocorrerá no momento em que esse depósito deixa de existir, seja com a reinserção dos bens na economia, seja com a interrupção da guarda pela ocultação almejada, o consumo, a transferência, a conversão ou a inserção dos bens na economia, seja pela descoberta da existência dos recursos pelas autoridades públicas.

Importa destacar que o crime, nessa modalidade, não admite a autolavagem, uma vez que o depósito ou a guarda são extensões do delito anterior. Apenas a terceiros, não concorrentes da infração penal antecedente, podem ser imputada a lavagem de dinheiro nessa modalidade.

Da natureza dos crimes previstos no art.1º, §2º, da Lei 9.613/98

O §2º do art. 1º da lei de lavagem de dinheiro é composto por condutas substancialmente distintas. O inciso I dispõe sobre o ato de utilizar, na atividade econômica ou financeira, os bens provenientes da infração penal. Aqui o ato típico de usar indica uma conduta instantânea, ainda que esse uso possa ser reiterado, como o ato de investir em determinado negócio, por meio de transferências

dissimuladas, com o escopo de ocultar a origem dos recursos. Nesse caso, o ato típico pode se dar por diversos aportes, que concretizam cada investimento, ou mesmo por atos posteriores de encobrimento sucessivo do capital. Mas sempre será instantâneo.

Já o ato de participar de grupo, associação ou escritório, com ciência de que sua atividade, é dirigida à prática de lavagem de dinheiro (inciso II) e poderá ser permanente ou instantâneo, de acordo com a modalidade de lavagem de dinheiro praticada pelo concurso de agentes. Importa destacar que esse dispositivo deve ser interpretado de acordo com as regras de autoria e participação do art.29 do CP, de forma que não basta o pertencimento à instituição. É necessária uma contribuição juridicamente relevante para a ocultação dos bens de origem infracional. Portanto, a natureza do delito dependerá da modalidade da contribuição – será permanente nos casos de colaboração com a guarda ou depósito e instantânea nos outros casos.

NOTAS

- 1 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Madrid: Thomson/Civitas, p. 329. Para Miguel Reale Jr., os crimes permanentes são aqueles nos quais a situação lesiva perdura no tempo, protraindo-se a situação antijurídica, com o aumento do prejuízo originado pelo fato. (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270.)
- 2 Santos, Juarez Cirino. *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 55.
- 3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 76678, Relator Min. Maurício Correa j. 29.06.98; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). REsp 900509. Ocultação de cadáver. Delito permanente. Prisão preventiva. Fundamentação. Ausência de pré-questionamento (...). Relator: Min. Felix Fischer, 26 ago. 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=704009&num_registro=200602245931&data=20070827&peticao_numero=-1&formato=PDF.
- 4 Acesso em: 14 fev. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). HC 28837. Relator: Min. Felix Fischer, j. 10.05.2004.
- 5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 19434. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, j. 19.12.2002. No mesmo sentido, MIRABETE, Julio Fabrin; Fabbri, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1260.
- 6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Apn 863/SP, Relator Min. Edson Fachin, j. em 23.05.2017. No mesmo sentido, MAIA, R. T. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84; BONFIM, M. M. M.; BONFIM, E. M. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47; BARROS, M. A. de B. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63; CARLI, C. V. de. Dos crimes: aspectos objetivos. In CARLI, C.V. de (org). *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle*. 1. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012 p. 198, NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais especiais 1*, 2011, p. 829.
- 7 Apontam o caráter instantâneo da denúncia caluniosa. Nucci, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1257; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 822; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316; HUNGRIA, N. *Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 250 a 361*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 462; NORONHA, E. M. *Direito penal, v.4*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 476; PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 969.
- 8 NORONHA, E. M. *Direito penal, v.4*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 494, sem grifos. No mesmo sentido, NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1269; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 829; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340. Para Prado, "Consuma-se o delito com o encerramento do ato processual do depoimento, ou com a entrega do laudo pericial, do cálculo, da tradução, ou com a realização da interpretação falsa. Faz-se mister que o depoimento seja efetivamente concluído – reduzido a termo e devidamente assinado (art. 216, CPP). Até então, pode ele ser retificado ou alterado pelo depoente, o que pode impedir a consumação da falsidade." (PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 977.
- 9 Apontam o caráter instantâneo da fraude processual. NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1280; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 841; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 372; NORONHA, E. M. *Direito penal, v.4*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 514-5; PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 992.
- 10 Bitencourt classifica o favorecimento real como crime instantâneo (in BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 389). No mesmo sentido, NORONHA, E. M. *Direito penal, v. 4*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 524; NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1285; GRECO, R. *Código Penal: comentado*. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 845. Para Prado, "Consuma-se o delito com a prestação do auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, ainda que esse escopo não seja efetivamente alcançado." (PRADO, L. R. *Comentários ao Código Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 998.)
- 11 Para Herzberg, o furto tem como seu elemento central a ruptura da posse e não a manutenção da coisa alheia (GÓMEZ-ALLER, J. D. *Omission e injerencia em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 443). No mesmo sentido, BARTOLI, R. Sulla struttura del reato permanente: un contributo critic. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 4, n. 1, p. 137-176, jan./mar. 2001, p.145.
- 12 Bitencourt aponta a "continuidade da ação do agente" como elemento diferenciador do crime permanente do crime instantâneo de efeitos permanentes (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal. Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255).
- 13 Reale Jr, citando ainda Dall'Ora ao afirmar que "por isso o sequestro de uma pessoa é crime permanente e o furto de um cão não o é" (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.270).
- 14 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006, p. 331. t. I.

Autor Convidado