

Consulta do Banco Rural

P A R E C E R

GESTÃO FRAUDULENTA E LAVAGEM DE DINHEIRO

- CONFLITO APARENTE DE NORMAS -

Ação Penal 470

Bitencourt & Naves Advogados Associados

Brasília, 10 de setembro de 2012

P A R E C E R

S U M Á R I O

I - C O N S U L T A

II. SUCINTA ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA DAS IMPUTAÇÕES

III - ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DOGMÁTICA

III.1. Gestão fraudulenta de instituição financeira

III.1.1. A renovação de empréstimos bancários não caracteriza repetição de atos de gestão arriscados

III.2. Lavagem de dinheiro ou de capitais

III.2.1. Inviolabilidade do sagrado princípio da tipicidade estrita

III.3. Conflito aparente de normas

III.3.1. Considerações gerais

III.3. 2. Princípios regentes do conflito aparente de normas

III.3.2.1. Princípio da especialidade

III.3.2.2. Princípio da subsidiariedade

III.3.2.3. Princípio da consunção

III.3.3. Antefato e pós-fato impuníveis

IV. C O N C L U S Õ E S

IV.1. Respostas às indagações de nossos consulentes

P A R E C E R

I - C O N S U L T A

Os ilustres advogados Dr. **MÁRCIO THOMAZ BASTOS**, Dr. **JOSÉ CARLOS DIAS** e Dr. **MAURÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS JÚNIOR**, representando seus clientes **JOSÉ ROBERTO SALGADO**, **KÁTIA RABELLO** e **VINICIUS SAMARANE**, honram-nos com consulta ante denúncia do Ministério Público Federal, na Ação Penal 470, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, a qual os incluiu no referido processo, atribuindo-lhes a prática dos crimes de *gestão fraudulenta* (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86) e *lavagem de dinheiro* (art. 1º da Lei 9.613/98).

Transcrevemos a denúncia, naquilo que aqui importa, a essência dos tópicos IV e V, que atribuem aos diretores do Banco Rural, a prática dos crimes supra mencionados:

IV - LAVAGEM DE DINHEIRO - LEI N.º 9.613/98

Os dirigentes do Banco Rural (José Augusto Dumont (falecido), Vinícius Samarane, Ayanna Tenório, José Roberto Salgado e Kátia Rabello) estruturaram um sofisticado mecanismo de branqueamento de capitais que foi utilizado de forma eficiente pelo núcleo Marcos Valério (Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias)

Essa engrenagem financeira montada por Vinícius Samarane, Ayanna Tenório, José Roberto Salgado e Kátia Rabello possibilitou, a partir do ano de 2003, o recebimento dissimulado de recursos pelos beneficiários finais do esquema ora denunciado.

(...)

A sistemática criada pelos dirigentes do Banco Rural, aprimorada a partir do início do ano de 2003, possibilitou a transferência, em espécie, de grandes somas em dinheiro com a ocultação e dissimulação da natureza, origem, movimentação e destino final.

Alguns beneficiários apenas foram identificados porque, valendo-se do elemento surpresa, a Polícia Federal efetuou busca e apreensão nas agências do Banco Rural, logrando apreender documentos internos, não oficiais (fac-símiles e e-mails), com indicação das pessoas que efetivamente receberam os valores sacados por meio de cheques endossados pelos próprios emitentes.

Para a implementação dos repasses de dinheiro, Marcos Valério era informado, por Delúbio Soares, do destinatário e do respectivo montante. A partir daí, o próprio Marcos Valério, Simone Vasconcelos ou Geiza Dias entravam em contato com o beneficiário da quantia.

Com o objetivo de não deixar qualquer rastro da sua participação, esses beneficiários indicavam um terceiro,

apresentando o seu nome e qualificação para o recebimento dos valores em espécie.

As retiradas eram implementadas diretamente com um funcionário do Banco Rural ou por meio de Simone Vasconcelos, a qual efetuava a retirada dos recursos em uma das agências do Banco Rural e os repassava ao intermediário ou ao próprio beneficiário na respectiva agência, em quartos de hotéis ou na sede da empresa SMP&B em Brasília

**V - GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA -
ARTIGO 4º DA LEI N.º 7.492/86**

A partir das informações consignadas no documento acima (Nota-Técnica Diret-2005/935), foram requisitados todos os processos administrativos em trâmite no Banco Central do Brasil sobre os fatos em apuração, o que permitiu constatar, com base nas análises técnicas e documentação que os instrui, que os supostos empréstimos concedidos ao grupo de empresas e sócios de Marcos Valério resultaram da gestão fraudulenta dos administradores da instituição financeira acima.

As principais ocorrências consignadas nos respectivos processos administrativos do BACEN e documentação que os garante encontram-se relatadas no Relatório de Análise n.º 353/2005, que retrata as mais relevantes constatações do BACEN nos respectivos PT(s).

Em relação ao Banco Rural, a análise de todo o acervo documental acima demonstrou as seguintes situações, caracterizadoras da má gestão dessa instituição:

renovações sucessivas das operações, visando a impedir que apresentem atrasos, ocultando o real risco dos créditos concedidos;

aumento do limite de contas garantidas, com renovações a cada 90 dias, e o aumento dos limites existentes ou concessões de novas operações de crédito na mesma modalidade;

liquidação de operações de crédito com outras em modalidades diferentes da primeira, onde a instituição, por exemplo, concedia um mútuo de capital de giro para liquidar operações de crédito rotativo ou outros empréstimos em atraso;

– concessões de crédito temerárias; geração de resultados fictícios com operações de crédito;
operações autorizadas pelo Comitê de Crédito apesar de parecer contrário do analista de crédito;

indícios de desvio de recursos do Banco para empresas pertencentes ou ligadas ao Controlador do Conglomerado Financeiro Rural;

transferência de ativos para fundo de direitos creditórios administrado pelo Banco Rural;

exigência de reciprocidade para as concessões de crédito; empréstimos a empresas nacionais cujo controle acionário é de empresas localizadas em paraísos fiscais, com possibilidade de possuírem relacionamento entre si e entre o Controlador do Banco Rural; e

indícios de utilização de Cédulas de Produtor Rural - CPRs para desviar recursos para empresas não financeiras.

Nos termos consignados pelos auditores do Banco Central, os dirigentes do Banco Rural efetuaram dezenove operações de crédito com as empresas de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino, e com o Partido dos Trabalhadores, totalizando R\$ 292,6 milhões de reais na data-base de 31/05/2005, correspondente a 10% da carteira de crédito da instituição.

Das dezenove operações de crédito acima mencionadas, que não apresentavam a correta classificação do nível de risco de crédito, oito foram reclassificadas pelo próprio Banco Central, haja vista a verificação de discrepância entre as classificações originariamente atribuídas pelos dirigentes do Banco Rural e o real nível de risco das operações, representando dívidas no montante de R\$ 183.871.188,08¹³⁰.

As operações de crédito em que ocorreram maior discrepância entre os níveis classificados pelos dirigentes do Banco Rural e aqueles determinados pelos auditores do Banco Central, em face da

situação de total inadimplência, foram justamente aquelas efetuadas com as empresas envolvidas no esquema ora denunciado:

- SMP&B Comunicação Ltda., reclassificada dos níveis "B" e "C" para "H", apresentando saldo devedor de R\$ 36.874.855,67; GRAFFITI Participações Ltda., reclassificada do nível "B" para "H", apresentando saldo devedor de R\$ 16.139.139,82; e
- Partido dos Trabalhadores - PT, reclassificada do nível "A" para "H", apresentando saldo devedor de R\$ 5.913.532,38.

A expressiva discrepância dos níveis de classificação do risco de crédito resultou, segundo constatação dos próprios auditores do Banco Central (fl. 19 do PT 0501301503), de deliberada ação dos gestores do Banco Rural com o propósito de omitir o efetivo nível de risco das operações e, por conseguinte, deixar de efetuar as devidas provisões que, no caso dos três empréstimos acima, teriam que ser realizadas no total do montante emprestado

Tal situação revela que os dirigentes do Banco Rural, empregando expedientes fraudulentos, deixaram de atribuir a verdadeira classificação aos riscos de créditos das empresas SMP&B e Graffiti, e do Partido dos Trabalhadores, simulando uma situação contábil que, de fato, não existia.

A manobra em tela, acarretando a não provisão dos valores acima, implica em alteração do balanço da instituição bancária e reflete diretamente na sua situação financeira em relação a tais ativos, aumentando ficticiamente sua capacidade operacional.

A inconformidade da defesa, neste estágio do julgamento, situa-se na decomposição de atos que se vinculam e se sucedem no mesmo contexto espacial e temporal de atuação do Banco, com a finalidade de caracterizar, segundo a denúncia, o crime de **gestão fraudulenta**, cumulada com o crime de **lavagem de dinheiro**, ignorando o consagrado princípio do **conflito aparente de normas**.

Nesse sentido, em seu memorial endereçado ao digno Ministro revisor, Lewandowski, a ilustre defesa destaca o seguinte:

24 - Há um nítido excesso de acusação neste processo. Pretende o MPF fazer coabitar o especial crime de gestão fraudulenta com os de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Ora, os fatos trazidos na denúncia nada mais são do que expressões de atos de gestão bancária, censurados, por equívoco, pelo *Parquet*. Se a acusação não atribui aos diretores do Banco Rural participação em fatos apartados da função de bancários, nem tampouco lhes atribui coautoria nos específicos crimes de peculato e de corrupção, aquilo que se imputa a título de concessão de três empréstimos, renovação destes, realização de saques e comunicação aos órgãos de fiscalização constitui conjunto de atos que compõem a gestão de um banco. Portanto, a crítica do MPF em relação aos fatos vinculados ao Banco Rural haveria de se restringir a uma acusação de gestão, fraudulenta ou temerária, dada à amplitude do tipo do art. 4º da Lei n. 7.492/86 e do próprio escopo dessa norma penal incriminadora.

Vale dizer, não se pode compreender que a suposta “ocultação” ou “dissimulação” (núcleos do tipo penal da lavagem) na movimentação de recursos financeiros no ambiente do Banco Rural (fato manifestamente inexistente, diga-se) pudesse ser, a um só tempo, crimes de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro. Afinal, as supostas “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, se porventura tivessem ocorrido no exercício da função bancária, estariam abrangidas pelo conceito amplo de gestão de instituição financeira. Não é outra a teleologia da norma do art. 4º da Lei 7.492/86, de caráter especial e que comina penas elevadas justamente para alcançar um conjunto de atos e fatos da administração bancária.

25 - De igual modo, a mesma “habitualidade” não pode ensejar a caracterização dos crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha.

26 - Em ambas as situações haveriam de vigorar os princípios de consunção, subsidiariedade e especialidade, norteadores do concurso aparente de normas, sob pena de se incorrer em inaceitável *bis in idem*”.

Considerando os dados acima, questionam nossos consulentes:

- a) afinal, essa fragmentação dos fatos operada pelo Ministério Público, imputando dois crimes – gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro – pela prática de fatos que integram o universo da mesma conduta de gestão, não estaria violando o *conflito aparente de normas*?
- b) Alternativamente, encontra correspondência típica a imputação do crime de lavagem pela suposta ocultação ou dissimulação de saques dos depósitos ditos simulados, *com objetivo de impedir a identificação dos seus destinatários*?

Em outros termos, as supostas “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, se porventura tiverem existido, *ad argumentandum tantum*, teriam ocorrido no *exercício da função bancária*, e, conseqüentemente, não estariam abrangidas pelo conceito amplo de *gestão de instituição financeira*?

Para elaborarmos um parecer técnico sobre essa temática, limitados pela exiguidade temporal, precisamos examinar os seguintes institutos: o *conflito aparente de normas*, o crime de *gestão fraudulenta* e, por óbvio, o crime de *lavagem de dinheiro*, para contextualizarmos, buscando, a final, resposta às indagações que nos formulam nossos consulentes.

II. SUCINTA ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA DAS IMPUTAÇÕES

Para imputar a prática dos crimes de **gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro**, a denúncia parte do **pressuposto básico** de que as operações de empréstimos que menciona, simplesmente não existiram, ou, mais precisamente, na própria dicção da denúncia, foram “**empréstimos simulados**”. E mais: que foram concedidos “**de forma fraudulenta** e sem observância aos **princípios básicos da seletividade, garantia e liquidez**, recomendados pelas normas e **boa gestão técnica bancária**”.

Logo, para afastar a imputação de **gestão fraudulenta bastaria**, em tese, **demonstrar que os empréstimos foram reais**, verdadeiros, isto é, que eles efetivamente existiram, e, ainda, que todos aqueles princípios que a boa gestão recomenda também foram cumpridos. No entanto, no atual estágio, essa etapa já está vencida.

A denúncia, no particular, atribui, na essência, o crime de lavagem de dinheiro, em síntese, nos termos seguintes:

O *Parquet* imputa aos diretores do Banco Rural, as supostas “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, especialmente nos saques dos depósitos ditos simulados -, procurando, inclusive, camuflar os verdadeiros destinatários dos vultosos valores; o *Parquet* ignorou, por outro lado, que se tais operações ocorreram *no exercício da função bancária*, abrangidas pelo amplo e aberto conceito de gestão de instituição financeira.

Na seguinte passagem, a denúncia sintetiza a essência do que considera **crime de lavagem de dinheiro** (fls. 79/80 da denúncia), *verbis*:

Esse **esquema de lavagem**, praticado reiteradamente durante mais de dois anos, caracterizou-se pela sua estrutura simples, mas eficiente, **possibilitando a total dissimulação do destino final do dinheiro** (grifamos), deixando apenas alguns vestígios materiais dos repasses em razão da necessidade de Marcos Valério resguardar-se, por meio dos e-mails e fac-símiles que Simone Vasconcelos ou Geiza Dias encaminhavam

à agência Assembléia do Banco Rural, identificando a pessoa previamente indicada para receber os recursos financeiros.

Os dirigentes do Banco Rural José Augusto Dumont, Vice-Presidente; José Roberto Salgado, Vice-Presidente Operacional; Ayanna Tenório, Vice-Presidente; Vinícius Samarane, Diretor Estatutário; e Kátia Rabello, Presidente, todos responsáveis pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de *compliance*, contabilidade, jurídica e tecnológica da instituição financeira, **estabeleceram mecanismos de operacionalização dos vultosos pagamentos em espécie às pessoas indicadas por Marcos Valério** (grifamos) de forma a possibilitar a não identificação dos efetivos beneficiários, bem como burlar a legislação e normas infralegais que estabelecem a necessidade de identificação e comunicação às autoridades competentes de operações com indicativos de lavagem de dinheiro.

Constata-se, no entanto, nos dois grifos que acrescentamos, que a própria denúncia registra tratar-se a conduta imputada de atividade de **gestão bancária**, quais sejam (i) **possibilitando a total dissimulação do destino final do dinheiro**, e (ii) **estabeleceram mecanismos de operacionalização dos vultosos pagamentos em espécie às pessoas indicadas por Marcos Valério**. Ora, em se tratando de **atos de gestão bancária**, se irregulares, e em assumindo a gravidade de ilicitude penal, sua tipificação tem sede própria, qual seja, o art. 4º da Lei 7.492/86.

A preambular acusatória destaca, logo adiante, o que seria, na sua ótica, o *modus operandi* caracterizador do crime de lavagem, *in verbis* (fl. 81 da denúncia):

- emissão de cheque de conta mantida no Banco Rural, oriundo da SMP&B Comunicação Ltda., nominal à própria empresa e endossado pela SMP&B; preenchimento do "Formulário de Controle de Transações em Espécie", com timbre do Banco Rural, informando sempre que o portador e o beneficiário final dos recursos era a SMP&B Comunicação Ltda. e que tais recursos destinaram-se ao pagamento de fornecedores;

correio eletrônico (e-mail) enviado por funcionária da SMP&B ao gerente do Banco Rural, informando os nomes das pessoas autorizadas a sacar o dinheiro na 'boca do caixa', assim como o local do saque;
fac-símile, enviado pela agência do Banco Rural de Belo Horizonte à agência do Banco Rural de Brasília, autorizando o pagamento àquelas pessoas indicadas pela funcionária da SMP&B no e-mail;
saque na "boca do caixa" efetuado pela pessoa autorizada, contra recibo, muitas vezes mediante uma rubrica em papel improvisado, e em outras situações por meio do registro da pessoa que efetuou o saque no documento emitido pelo Banco Rural, denominado 'Automação de Retaguarda - Contabilidade'; e **o Banco Rural, embora tivesse conhecimento dos verdadeiros sacadores/beneficiários dos recursos sacados na "boca do caixa", registrou no Sistema do Banco Central (Sisbacen - opção PCAF 500, que registra operações e situações com indícios de crime de lavagem de dinheiro) que os saques foram efetuados pela SMP&B Comunicação Ltda. e que se destinavam a pagamento de fornecedores.** (grifo do original).

Considerando que essa capitulação do crime de lavagem de dinheiro, cumulada com o **crime de gestão fraudulenta**, são atribuídos aos diretores de Instituição financeira, faz-se necessário, para contextualizarmos, examinar ambas infrações penais, à luz do conflito aparente de normas, como faremos adiante.

III - ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DOGMÁTICA

III.1. Gestão fraudulenta de instituição financeira

Gerir significa dirigir, administrar, gerenciar, exercer a *gestão*, no caso, de instituição financeira. O *gestor* nada mais é do que aquele que *gere*, e, se *gere* bem, gera bons resultados, bons frutos. Em outras palavras, fazendo um trocadilho, quando se *gere* bem, geram-se bons resultados, e a roda dos negócios gira positivamente. *Gerir*, enfim, deve ser interpretado à luz da própria definição de instituição financeira, insculpida no art. 1º da Lei 7.492/86. O caráter abstrato dessa descrição típica, destaca **Juliano Breda**, "faz com que sejam subsumidas uma infinidade de práticas do mercado financeiro. Melhor seria uma descrição mais pormenorizada da conduta ofensiva ao mercado, como existe, por exemplo, no crime descrito

no art. 379 do Código dos Valores Mobiliários de Portugal, mais condizente com o princípio a tipicidade”¹. *Gerir*, na realidade, significando o exercício de atos de gestão, pressupõe uma determinada duração desse exercício, sua realização por um certo tempo, impossível de circunscrever-se em atos isolados, como querem algumas decisões judiciais de primeiro grau.

A tipificação do crime de *gestão fraudulenta* (e também temerária), com efeito, exige a *prática reiterada* dos atos caracterizadores da *fraude* ou da *temeridade*. Em outros termos, *gestão fraudulenta* e *gestão temerária* são classificadas como *crimes habituais impróprios*. Destaca, com a percuciência de sempre, **Tórtima** que: “Com efeito, a lei não diz, simplesmente, praticar ato de *gestão fraudulento* (ou temerário), mas sim *gerir fraudulentamente*... a indicar pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo”². **Luiz Flávio Gomes**, comungando do mesmo entendimento, sustenta: “daí decorre que “gerir” encerra a prática de uma série de atos de comando, de administração ou direção de uma instituição financeira. Um só ato, como se vê, não configura a *gestão* exigida pelo tipo. De outro lado, não é qualquer ato que caracteriza *gestão de instituição financeira*: apenas e exclusivamente os que envolvam deliberações, decisões com certo grau de definitividade ou ‘atuação de comando’”³.

Na realidade, **quando o legislador desejou punir determinado ato fraudulento, isoladamente, o fez de forma individual e de maneira expressa**, como, por exemplo, nos arts. 6º (sonegar informação ou prestá-la falsamente); 7º (emissão irregular de títulos ou valores mobiliários), 9º (falsidade ideológica financeira) e 10 (falsidade de demonstrativos contábeis). Em todas essas outras infrações, o crime consuma-se com a prática de *um único ato fraudulento*, ao contrário da

¹ **BREDA, Juliano**. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 94-5,

² **TÓRTIMA, José Carlos**. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, 2ª, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 32.

³ **GOMES, Luiz Flávio**. *Notas distintivas do crime de gestão fraudulenta: art. 4º da Lei 7.492/86*, in Roberto Podval (Org.) *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 358.

previsão do art. 4º, que demanda *um conjunto de atos fraudulentos que constituem a gestão irregular de uma instituição financeira*, como conclui, com absoluto acerto, **Ali Mazloun**, afirmando que a **gestão fraudulenta** “não se perfaz com a prática de um único ato; exige, isso sim, certa habitualidade e deve ser extraído do conjunto de atos que compõem a gestão de uma instituição financeira, considerada necessariamente dentro de um período razoável de tempo”⁴.

O que caracteriza o *crime habitual*, via de regra, é a prática reiterada de certos atos que, isoladamente, podem constituir um indiferente penal. Em outros termos, a repetição, isto é, a reiteração com *habitualidade* do mesmo ato, a pluralidade da mesma conduta é que permite a caracterização da figura típica. É particularmente incensurável, nesse sentido, o entendimento de **Rodrigues da Silva**, quando afirma *in verbis*: “O referido núcleo, *gerir*, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetidas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, gerência, de administração ou governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal”⁵.

Com efeito, para que se possa concluir que determinada *gestão é fraudulenta* ou *temerária* deve-se, necessariamente, analisar o conjunto de atos no contexto de uma administração ou gerência. Nem toda *fraude* perpetrada pelo “administrador” de instituição financeira caracteriza a **gestão fraudulenta**, pois pode, inclusive, nem integrar atos de gestão. Aliás, **eventuais fraudes**, ainda que repetidas, se não integrarem especificamente aquelas *atividades gerenciais*, administradoras e típicas de um **gestor**, não se adequam à descrição de “gestão fraudulenta”, por que de gestão não se trata. Com efeito, o *conceito de gestão* é extremamente abrangente, englobando atividades irrelevantes para a produção de danos ou

⁴. **MAZLOUM, Ali**. *Crimes do colarinho branco*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 63.

⁵. **SILVA**, Antonio Carlos Rodrigues da. *Crimes do Colarinho Branco*, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 48.

para lesão do bem jurídico tutelado, desvinculado, portanto, da *atividade fim* de instituição financeira, tais como, administração de pessoal, recursos humanos, pagamento de despesas gerais etc. **Eventuais fraudes praticadas**, nesse âmbito, à evidência, não tipificam, por si só, a conduta de *gestão fraudulenta* descritas no *caput* do art. 4º. Por isso, acertadamente, destaca **Juliano Breda**: “Para a caracterização da gestão fraudulenta será necessário individualizar a área da instituição responsável pelas práticas ilícitas, restringindo a incidência da imputação àqueles que detinham o domínio específico de gestão e comando das operações bancárias ou financeiras antijurídicas, ou seja, os responsáveis diretos pela prática do núcleo do tipo, representado pelo verbo “gerir””⁶.

Nada impede, por outro lado, que um ou outro desses atos, individualmente, também possa configurar crime, diverso, é verdade, daquele que se caracteriza pela *habitualidade*. Na realidade, individualmente, cada um desses atos podem ser, em si mesmo, indiferente ao direito penal (especialmente na hipótese de gestão temerária), ou pode constituir outro crime (na hipótese da gestão fraudulenta), distinto da figura *habitual*, como já referimos (arts. 6º, 7º, 9º e 10). Não é outra a visão sempre erudita de **João Mestieri**, que pontifica: “No tipo dos delitos habituais é exigida como elemento constitutivo a habitual reiteração dos atos, os quais, singularmente considerados, não constituiriam delito, **ou constituiriam delito diverso** (...) o número de ações necessárias para se evidenciar a habitualidade não pode ser precisado de maneira abstrata e genérica, mas, sim, apenas em relação a uma dada *fattispecie*”⁷.

Posto isso, concluímos com **Tórtima**⁸, é possível que alguns dos meios empregados pelo agente na **gestão fraudulenta** possam, isoladamente considerados, caracterizar *figuras delitivas autônomas*, distintas e independentes, como *falsidade da demonstração contábil*,

⁶. **BREDA, Juliano**. *Gestão fraudulenta de instituição financeira...* p. 96.

⁷. **MESTIERI, João**. *Manual de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. I, p. 245.

⁸. **TÓRTIMA, José Carlos**. *Crimes contra o sistema financeiro nacional...* p. 34.

podendo, logicamente, um absorver o outro. Havendo *fraude*, por exemplo, penalmente relevante e não existindo a reiteração ou habitualidade na realização de tal fraude, ou, em outros termos, evidenciando-se tratar-se de **ato isolado** e esporádico na administração da instituição financeira, incidirá em uma infração simples, individual e isolada, contida em outro artigo deste mesmo diploma legal ou no bojo do Código Penal, e não na previsão contida no artigo 4º da Lei 7.492/86, ante a ausência da reiteração da conduta.

Consuma-se o crime de *gestão fraudulenta* **desde que a fraude** – artifício, ardil ou outro meio fraudulento - **se produza na captação, aplicação, intermediação e administração de recursos financeiros**, que é a atividade fim de Instituição financeira, ou, ainda, na custódia, emissão, distribuição ou intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. No entanto, destaca **Rodrigues da Silva**, “o referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetitivas no tempo e no espaço. *Gerir*, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal”.

Em outras palavras, consuma-se o crime de *gestão fraudulenta* com a prática continuada das fraudes no exercício dos poderes de gestão, sendo insuficiente a prática de apenas um ou outro *ato fraudulento*, especialmente em decorrência do sentido ou significado do verbo *gerir*. Não se pode ignorar que a prática reiterada, com habitualidade, integra a própria tipicidade do crime habitual, cuja ausência impede sua adequação típica!

III.1.1. *A renovação de empréstimos bancários não caracteriza repetição de atos de gestão arriscados*

Convém destacar, para contextualizarmos esta temática, que “realizar **operações de crédito**, segundo os manuais especializados, é

conceito diverso de sua **renegociação**, pois, nesta, o crédito já está alocado e o risco já esta assumido pela instituição financeira. Quando há a concessão do crédito (celebração da operação) a instituição financeira assume o risco da operação; nas renegociações posteriores, por sua vez, ocorre a mera administração do risco já assumido".

O sistema financeiro brasileiro tem adotado certa maleabilidade quando se depara com alguma pessoa, física e/ou jurídica, em situação econômica instável, facilitando a renegociação de suas dívidas; tem adotado a conhecida premissa de que é preferível a satisfação de parte do débito, do que correr o risco de ver sua totalidade inadimplida. Trata-se de postura comum adotada até mesmo pelo Governo Federal que, não raro, edita leis (v. g., Leis nº 9.964/00, nº 10.684/03, e, mais recentemente, a Lei 11.941/09) autorizando *programas especiais de parcelamento* concedidos a empresas inadimplentes perante o Fisco, cujo objetivo principal é possibilitar que tais empresas voltem a recolher em dia os tributos vincendos, ficando num segundo plano o resgate de dívidas anteriores (embora também seja um dos seus objetivos). Neste último diploma legal (Lei 11.941/09), por vez primeira, essas “benesses” foram estendidas também às pessoas físicas. Jamais, em qualquer dessas hipóteses, se cogitou, nessas operações, de uma possível conduta *temerária* do Governo Federal⁹.

Em outros termos, desejamos demonstrar que o simples reconhecimento de dificuldades financeiras, inclusive impossibilitando que se honre compromissos assumidos, de parte de alguns devedores, não pode obrigar uma instituição financeira a, imediatamente, deixar de adotar estratégias de rolagem de dívidas que objetivem a solvabilidade total ou parcial de determinado crédito. Não se pode ignorar, por outro lado, as

⁹. Pode-se lembrar, mais recentemente, do envolvimento do próprio Poder Judiciário, no conhecido **caso da VARIG**, na tentativa de evitar a decretação de sua falência, em que determinado magistrado – como um verdadeiro gestor - usou de todo seu poder jurisdicional determinando a rolagem de dívidas, com poucas perspectivas de pagamento. Poder-se-á responsabilizar criminalmente o Juiz da 1ª Vara de Justiça Empresarial do Rio de Janeiro, Luiz Roberto Ayoub, em razão de ter aumentado consideravelmente os débitos da Varig?

consequências nefastas que um decreto de falência de um grande devedor representa para todos os seus credores: de plano, todas as garantias, reais e pessoais, bem como seu acervo patrimonial acabam sendo transferidas para o *concurso universal de credores*. Não é por outra razão que mera constatação de dificuldades financeiras, não recomenda atitudes drásticas contra o devedor, tais como ajuizar pedido de falência, fechar as portas para créditos, não renovações de empréstimos etc. E essa postura aparentemente complacente com o devedor em dificuldades financeiras, por si só, não pode levar ao reconhecimento da *temeridade de uma operação de crédito*, pois é uma estratégia por demais conhecida, e frequentemente adotada, nos meios financeiros e bancários, pelos melhores e mais preparados executivos desse mercado altamente especializado.

A História do comércio ao longo dos tempos demonstra que, desde os mercadores, os grandes empreendedores, dos mais diversos setores, comercial, industrial, bancário, cambial ou financeiro a curto, médio ou longo prazo, dependendo das circunstâncias, têm condições de se recuperarem, e voltar a tornarem-se novamente empresas ou instituições com satisfatório grau de solvabilidade, justificando-se as renegociações que o mercado rotineiramente tem feito. De um modo muito particular nos setores bancários, financeiros e cambial, de mercado de capitais, suas *atividades fins* laboram diariamente com o risco, pois financiamentos, empréstimos, investimentos, cauções, seguros trazem grande margem de risco. A espera por suas realizações, que se alongam no tempo, está sempre sujeita a intempéries (no duplo sentido), que justificam, inclusive, sobretaxas, ou seja, um certo percentual embutido nas taxas de juros, que varia segundo o maior ou menor risco que a operação enfrente.

Todas essas razões demonstram a necessidade de grande cautela no exame do significado do vocábulo “temerária”, que, certamente, não pode ter toda a abrangência regularmente permitida pelo vernáculo. Na verdade, essa elasticidade vernacular não se compatibiliza com a certeza

jurídica e a taxatividade exigidas pelo direito penal da culpabilidade, isto é, da responsabilidade penal subjetiva e individual. Orientado por esses postulados fundamentais é que se deve analisar a figura penal denominada pelo legislador de *gestão temerária*.

Enfim, concluindo, é bom lembrar que realizar operações bancárias encerra conceito diverso de renegociá-las, pois, nesta, o crédito já está concedido e o risco já foi assumido pela instituição financeira. Na concessão do crédito a instituição assume o risco da operação; nas renegociações posteriores, por sua vez, ocorre a simples administração do risco, não havendo margens para grandes estratégias. Por outro lado, não se pode esquecer que eventos futuros podem tornar uma avaliação positiva, de clientes, em negativas, por razões conjunturais, sem, contudo, significar que tenha havido, por parte dos administradores, em algum momento, inobservância dos parâmetros balizadores da boa técnica bancária, ou mesmo dolo ou má fé.

III.2. Lavagem de dinheiro ou de capitais

Cabe destacar, de plano, que a **nova lei de lavagem (12.683/2012)** não tem efeito retroativo, sendo inaplicável, portanto, a fatos ocorridos antes de sua vigência, não podendo incidir sobre o objeto da presente ação penal.

A essência do crime de “lavagem de bens ou de capitais” é **ocultar ou dissimular a origem ilícita do “dinheiro sujo”**, isto é, ocultar que o “produto lavado” resulta pela obtenção da prática de outros crimes, que são denominados **crimes antecedentes**, taxativamente elencados no art. 1º, da Lei 9.613/98. Em outros termos, *lavagem de dinheiro* é a transformação de “dinheiro sujo” – obtido com uma ação criminosa (rol legal) - em valores ou bens lícitos ou legítimos, com a finalidade de integrar aberta e limpamente o patrimônio do destinatário. O objetivo de ocultar ou

dissimular capitais mediante a prática das condutas tipificadas é fundamento indispensável para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro.

Em nossa legislação vigente, à época dos fatos, é **pressuposto do crime de lavagem**, necessariamente, a existência de *crime precedente* (rol legal), que tenha originado o *produto ilícito* que se pretende ocultar, dissimular ou “lavar”. Nesse sentido, é o magistério de **Marco Antonio de Barros**, que afirma:

“resta certo que o crime de “lavagem” deriva, necessariamente, de outro delito indicado neste taxativo rol, de modo que qualquer infração incluída na listagem dos crimes anteriores será considerada principal, primária ou básica em relação ao crime de “lavagem” que, de seu turno, do ponto de vista da criminalidade organizada, passa a ser acessório, secundário ou derivado, ressalvada, entretanto, a sua autonomia, conforme adiante se comenta (7.2). Por outro lado, não há que se confundir a ação do agente lavador como integrante do *iter criminis* (percurso completo do crime) ou de mero exaurimento do crime antecedente. Logo, não há falar da aplicação das sanções penais estabelecidas pela Lei de ‘Lavagem’ sem que se prove a existência do crime anterior com o qual guarde conexão”¹⁰.

A solução dessa *questio* é singela, basta responder a seguinte indagação: afinal, *qual é o objeto material do crime de lavagem de dinheiro*: **só pode ser objeto material do crime de lavagem de dinheiro**, sob a ótica da Lei 9.613/98, o lucro ou produto proveniente da prática de um dos crimes previstos no taxativo rol constante de seu artigo 1º. Somente esse produto ou lucro, que é ilícito, ilegal ou, em uma linguagem chula, “sujo”, pode ser o destinatário da norma penal, isto é, **somente ele pode ser o objeto material** da incidência da previsão constante do diploma legal antes mencionado. Em sentido semelhante, manifesta-se **Marco Antonio de Barros**, que conclui: “Configuram o objeto material dos crimes de

¹⁰ **BARROS, MARCO ANTONIO DE.** *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 95.

‘lavagem’ os bens, direitos e valores que sejam produto ou resultado dos crimes primários. Somente o lucro ou o patrimônio proveniente de um dos crimes previstos no taxativo rol do art. 1º e seus oito incisos é que constitui o objeto material”¹¹.

É inegável, portanto, que o **crime de lavagem de dinheiro** possui **natureza acessória**, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal). Diz-se que a lavagem de dinheiro é, nessa linha, um “crime remetido”, já que sua existência depende (necessariamente) de um fato criminoso pretérito (antecedente penal necessário).

Consequentemente, um mesmo comportamento não pode ser classificado como um dos **crimes antecedentes** (do rol constante do art. 1º da lei de regência) e a **própria lavagem**, como se fora uma espécie de **crimes simultâneos** ou concurso formal de crimes, como, simplistamente, pretende a denúncia da Ação Penal 470. A denúncia, na verdade, descreve crime único – **gestão fraudulenta** – dividido em duas partes: numa destaca aquilo que, na sua ótica, seria os **atos de gestão por excelência** (capitulado como gestão fraudulenta), e, noutra, os atos que, imagina, tipificariam o **crime de lavagem de dinheiro**, não percebendo sua *natureza complementar*, isto é, ainda caracterizadores de atos típicos de gestão bancária. Incorre aí, a nobre acusação, em *bis in idem*, **violando o princípio da consunção**: desintegra atos, fragmentando a conduta de *gerir*, para fazer incidir mais de um tipo penal, em uma mesma e única conduta incriminada.

Na apreciação da prática de *gestão bancária – regular ou irregular* - é inadmissível o exame *fragmentado* e individualizado de cada operação de crédito formalizado por uma instituição financeira, desprezando-se por completo a dimensão de todas as operações celebradas, e da própria administração como um todo. Em outros termos, o crime de

¹¹ **BARROS, MARCO ANTONIO DE.** *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 101.

gestão irregular (fraudulenta ou temerária) não pode ser apreciado de forma pontual em relação a cada *ato de gestão* ou de cada operação financeira celebrada, como fez a denúncia, mas **deve resultar de um exame global da administração, numa cadeia sequencial e abrangente de toda atividade gestora que, tendo início, meio e fim, faça persistir, em seu todo, a irregularidade da gestão.**

Equivocada, no particular, a pretensão da acusação, denunciando por gestão fraudulenta, e, ao mesmo tempo, fragmentando a própria gestão, para retirar-lhe parcela dela – pagamentos individuais no caixa do banco – para dar-lhe outra definição jurídica, qual seja, **crime de lavagem de dinheiro** – violando, por consequência, o *princípio do conflito aparente de normas*, decompondo uma atividade complexa, progressiva, em mais de um crime. *Mutatis mutandis*, é o que ocorreria, por exemplo, com um crime de homicídio praticado com arma de fogo: o *Parquet* fragmenta essa conduta, composta de vários atos, para atribuir ao autor tantos crimes quantos fragmentos: assim, no exemplo, haveria os crimes de (a) perigo para a vida ou a saúde de outrem (art.132), (b) lesão corporal (art. 129), (c) tentativa de homicídio (arts. 14,II c/c 121) e, finalmente, (d) homicídio (art. 121), afora o porte ilegal de arma, como faria a conhecida figura superada do então cognominado “Delegado de calças curtas”, que existiram em alguns Estados da Federação.

Pois foi exatamente o que fez o digno e culto Procurador-Geral da República, **decompondo os atos de gestão de instituição financeira**, que é integrada por todo um complexo de atividades gestoras que norteiam a filosofia de sua administração superior, “fatiando” - usando expressão em voga nesse julgamento -, para atribuir dois crimes distintos – gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro –; separou, indevidamente, atos integrantes de uma mesma conduta, *gerir instituição financeira*, incorrendo em odioso *bis in idem*, proscrito de nosso sistema penal.

Na verdade, ignorou o *Parquet* que o crime de gestão (fraudulenta ou temerária) caracteriza-se por ser *plurissubsistente*, isto é, a ação tipificada compõe-se de vários atos, podendo ser fragmentada para efeitos analíticos, sem, contudo, poder ser desintegrada em diversos crimes, na medida em que o comportamento criminalizado é único¹².

Enfim, nunca se poderá perder de vista que, repetindo, *gerir* significa administrar, reger, gerenciar, superintender e governar uma instituição financeira, algo que não se consuma com apenas um ato de gestão, de administração ou de governo, exigindo, necessariamente, *uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal*. Dentre esses atos de gestão, alguns são principais e outros acessórios ou complementares, mas todos integram a *ação de gerir*, de administrar ou governar a instituição. Aliás, essa abrangência ou abertura não é preferência ou interpretação nossa, mas da lei, uma escolha do legislador, tantas vezes criticado por essa opção político-legislativa geradora de tantas e tantas inseguranças jurídicas, como ocorre agora.

Esse erro metodológico do *Parquet* denuncia o desprezo pela dogmática penal, cuja observância é exigência constitucional garantista, motivado por um único fim: **a imputação de tipos penais distintos a fragmentos de uma ação única**, incorrendo em *bis in idem*! Essa equivocada opção do *Parquet* importa em **excesso acusatório**, sendo imperiosa a absorção no conceito de gestão bancária ou de instituição financeira de todos os atos que a integram, inclusive aqueles tidos como complementares, como única solução legal adequada, sob pena de ofender o *ne bis in idem*.

Dito de outra forma, nesse contexto geral de que estamos falando incluem-se aqueles atos que a denúncia qualifica como “lavagem de dinheiro”, quais sejam, as operações de saque ou de pagamento dos

¹² **BITENCOURT, CEZAR ROBERTO & BREDÁ, JULIANO.** *Crimes contra o sistema financeiro nacional & Contra o Mercado de Capitais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2011, p. 47.

questionados empréstimos tidos como simulados. Com efeito, as supostas “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, *ad argumentandum tantum*, porventura ocorridas no exercício da função bancária, estão abrangidas pelo amplo e aberto conceito de gestão de instituição financeira, na ótica do art. 4º da Lei 7.492/86, que comina elevadas sanções exatamente para abranger um conjunto de atos e fatos da administração bancária. É bem verdade que tais atos não têm idoneidade para, isoladamente, tipificarem *gestão fraudulenta*, mas, no contexto, somam-se para integrarem, como atos complementares, a pretendida gestão fraudulenta.

Por fim, *lavagem de dinheiro* é crime *doloso*, que somente se aperfeiçoa com a obtenção do resultado pretendido pelo agente, isto é, crime que o agente realiza com vontade e consciência de obter o resultado transformador de “dinheiro sujo em dinheiro limpo”, além da necessidade de consciência da origem ilícita do respectivo valor. No entanto, como destaca Claus Roxin, não basta uma *consciência potencial, marginal*, mas essa consciência deve ser atual, concreta, real, isto é, existente no momento que o a gente pratica a ação penal proibida¹.

Em outros termos, para se configurar a presença do dolo é necessária a presença da *vontade de resultado* e a consciência plena da origem ilícita do bem ou valor. Ou seja, a falta absoluta da consciência da origem delitiva ou ilícita do dinheiro afasta por completo a presença do dolo, inclusive em sua modalidade *eventual*.

Na ação penal 470, o Ministério Público, *permissa venia*, esquarteja os atos gestores de instituição financeira extirpando parte deles – pagamentos aos destinatários – para capitulá-los em outro dispositivo legal, isto é, como crime de lavagem de dinheiro, como se não integrassem os atos de gestão bancária. Embora não tipifiquem em si mesmos crimes de gestão irregular (fraudulenta ou temerária), mas, por sua vinculação necessária com a gestão, devem ser interpretados como parte integrante dela, segundo uma

concepção natural de gestão bancária. Em realidade, os atos do cotidiano de uma agência bancária são complementares, finais ou posteriores, dos atos de gestão da instituição, pois concretizam a finalidade última da instituição que é o atendimento de acionistas e clientes.

Em outros termos, divorcia-se da realidade dos autos, violando o *princípio do conflito aparente de normas*, a pretensão de que a suposta “ocultação” ou “dissimulação” na movimentação de recursos financeiros no Banco Rural possa configurar, simultaneamente, *crimes de gestão fraudulenta* e de *lavagem de dinheiro*, como demonstraremos adiante.

O **Des. Néfi Cordeiro**, do TRF da 4ª Região, em seu magnífico voto divergente, na Apelação Criminal nº 1999.70.00.031756-0/PR, que acabou vencedor nos *embargos infringentes*, citando *Zaffaroni (Tratado de Derecho Penal*, p. 529, IV, Ediar), acaba transcrevendo magistério de *Impallomeni* (p. 523/524), nos seguintes termos:

‘A tese de que o delito é tipicidade e não ação, está dita com todas as palavras por Impallomeni, ainda que não usasse essa terminologia, como é lógico. ‘A ação – dizia – não é mais do que o modo como se efetua a violação da lei; e o cumprir diversos fins criminais por meio de uma ou de várias ações é indiferente, pois que o delito, que é a violação da lei, não consiste no meio adotado; o meio não é mais que a condição indispensável para a perpetração do delito’. Isso lhe permitiria afirmar que ‘a unidade ou pluralidade de ações com que se lesionam vários direitos não é, em muitos casos, mais que um mero acidente que não pode influir sobre a valoração jurídica do fato.’

E conclui, o digno e culto *desembargador*, arrematando nos seguintes termos: “*Ou seja, é natural à realização dos mais variados tipos penais que venha o fator final (como chama Zaffaroni) a ser obtido por uma*

ou várias ações, que mesmo atingindo diretamente diferentes bem jurídicos e configurando variados crimes, somente merecerão pena específica em caso de desvalor específico. Ou seja, quando sejam as condutas (isoladamente criminosas) realizadas como meio de crime final e nele esgotem seu desvalor, não haverá tipificação separada para os crimes-meios, pois única é a conduta de desvalor final: o crime pretendido” (grifamos).

III.2.1. Inviolabilidade do sagrado princípio da tipicidade estrita

Pelo que se depreende do texto da denúncia, o fundamento da imputação do *crime de lavagem de dinheiro* aos diretores do Banco Rural, reside, basicamente, na suposta “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, especialmente nos saques dos depósitos ditos simulados, *com objetivo de impedir a identificação dos verdadeiros destinatários dos vultosos valores sacados.*

Essa questão demanda um exame criterioso a respeito do tipo penal do crime de lavagem, de sua composição típica e da própria tipicidade, como elemento de garantia dogmática que não pode ser violada ou desrespeitada para abrigar qualquer conduta à revelia da satisfação dos estritos termos exigidos por cada tipo penal tratado.

O art. 1º da Lei 9.613/98, que ora comentamos, tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime.

A doutrina especializada tem sustentado que, em tese, a finalidade do *crime de lavagem de dinheiro* é **ocultar ou dissimular a origem ilícita de “dinheiro sujo”**, isto é, de dinheiro mal havido,

ilicitamente conquistado ou adquirido. No caso da lei brasileira, claramente, a finalidade da lavagem de bens é ocultar ou dissimular que a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores que sejam produto, direto ou indireto, de crime. No entanto, não foi essa a imputação da denúncia aos diretores do Banco Rural, pois essa parte dos fatos referida preambular acusatória lhes atribui como crime de gestão fraudulenta; fragmentou os fatos para capitulá-los em dois crimes distintos, como já afirmamos.

Na realidade, a finalidade do crime *lavagem de dinheiro* é transformar “dinheiro sujo” – obtido com uma ação criminosa (rol legal) - em valores ou bens lícitos ou legítimos, com a finalidade de integrar aberta e limpamente o patrimônio ao destinatário. Com efeito, o objetivo do crime de lavagem não é camuflar ou impedir que se saiba quem é o destinatário dos valores lavados, como pretende a denúncia, mas garantir-lhe a legitimidade da obtenção e uso do referido produto. Mas tampouco foi essa a imputação que recaiu sobre os mencionados diretores, violando-se a *tipicidade estrita*, que é um dogma muito caro ao Direito Penal da culpabilidade. Na verdade, *é absolutamente atípica a conduta de ocultar ou dissimular saques dos depósitos ditos simulados*, dificultando a identificação dos destinatários dos valores sacados. Em outras palavras, a imputação de lavagem de dinheiro aos diretores, nos termos da denúncia, não encontra adequação típica no art. 1º da Lei 9.613/98.

Admitir interpretação como essa do *Parquet* – imputando fatos atípicos - coloca em *risco* todos os postulados liberais assegurados em um *Estado Democrático de Direito*, devidamente recepcionados pela atual Constituição Federal, dentre os quais, destacadamente, encontram-se os *princípios da legalidade e da reserva legal*, cunhados por Feuerbach, no início do século XIX, sob o verbete “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite

desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. São inadmissíveis, pelo *princípio de legalidade*, expressões vagas, equívocas, indeterminadas, ambíguas ou exageradamente abertas, na definição de crimes e cominação de penas. Nesse sentido profetiza **Claus Roxin**, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”¹³.

A segurança jurídica, requerida pelo princípio da legalidade, exige a definição precisa e objetiva das condutas proibidas, corolário de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, um preceito penal será suficientemente preciso e determinado na medida em que do mesmo se possa deduzir um claro *fin de proteção do legislador*, e que, com segurança, o teor literal do conteúdo proibitivo marque os limites da extensão contida na conduta tipificada, demarcando claramente o âmbito do proibido.

Mas, por fim, de nada serve uma lei clara e precisa se sua interpretação e aplicação também não respeitarem os mesmos princípios e fundamentos exigidos do legislador penal. Assim, a denúncia fragmentando os fatos, para biparti-los em duas infrações penais, além de violar o conflito aparente de normas, no caso, também se reveste de atipicidade, conforme procuramos demonstrar.

III.3. Conflito aparente de normas

¹³. **ROXIN, Claus**. *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Madri, Ed. Civitas, 1977, t. I, p.169.

III.3.1. Considerações gerais

Sob a denominação conflito aparente de normas, encontramos os casos em que a uma mesma conduta ou fato podem ser, aparentemente, aplicadas mais uma norma penal. **Jescheck**¹⁴ considera a terminologia tradicional “concurso de leis” uma expressão equívoca, preferindo substituí-la por “unidade de lei”, uma vez que se aplica somente uma das leis em questão, a que chama de *lei primária*, e a *lei deslocada* não aparece no julgamento.

Evidentemente que não se trata de conflito efetivo de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir um sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas apresentam entre si uma relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais. Alguns princípios dogmáticos procuram disciplinar o instituto do conflito de normas, como veremos sucintamente.

III.3. 2. Princípios regentes do conflito aparente de normas

A doutrina majoritária apresenta os seguintes princípios para solucionar o conflito em exame: especialidade, subsidiariedade e consunção. Há ainda alguns autores que arrolam também a alternatividade, que, a rigor, não soluciona conflito algum de normas, pois, na verdade, não há conflito aparente. Vejamos, sucintamente, cada um desses princípios.

III.3.2.1. Princípio da especialidade

Considera-se especial uma norma penal, em relação a outra

¹⁴. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p. 1034. A doutrina espanhola, em geral, também adota a tradicional denominação “concurso de leis”, conforme Santiago Mir Puig, em *Adiciones de Derecho español*, no *Tratado de Derecho Penal* de Jescheck, cit., p. 1041.

geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral. Assim, como afirma Jescheck¹⁵, “toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo do geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro”. A regulamentação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la (*lex specialis derogat lex generalis*). O princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato.

Há relação de especialidade entre o tipo básico e os tipos derivados, sejam qualificados ou privilegiados. Assim, os furtos qualificados e privilegiados constituem preceitos especiais em relação ao furto simples. Há igualmente especialidade quando determinada lei descreve como crime único dois pressupostos fáticos de crimes distintos, como, por exemplo, o crime de roubo, que nada mais é do que o furto praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

III.3.2.2. Princípio da subsidiariedade

Há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal. Frequentemente se estabelece a punibilidade de determinado comportamento para ampliar ou reforçar a proteção jurídico-penal de certo bem jurídico, sancionando-se com graduações menos intensas diferentes níveis de desenvolvimento de uma mesma ação delitiva¹⁶. A rigor, a figura

¹⁵. Jescheck, *Tratado*, cit., p. 1035, *lex specialis derogat legi generali*.

¹⁶. Stratenwerth, *Derecho Penal*, Parte General, trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 346, n. 1.188.

típica subsidiária está contida na principal.

Para se constatar a relação primariedade-subsiariedade deve-se analisar o fato in concreto. Como advertia **Oscar Stevenson**¹⁷, “a aplicabilidade da norma subsidiária e a inaplicabilidade da principal não resultam da relação lógica e abstrata de uma com a outra, mas do juízo de valor do fato em face delas”.

O fundamento material da subsidiariedade reside no fato de distintas proposições jurídico-penais protegerem o mesmo bem jurídico em diferentes estádios de ataque. Na lição de **Hungria**¹⁸, “a diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie e gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo residum”.

III.3.2.3. Princípio da consunção

Pelo *princípio da consunção*, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração¹⁹.

Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada ou mais abrangente na realização da ofensa a um bem

¹⁷. Oscar Stevenson, Concurso aparente de normas penais, in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria, Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 39.

¹⁸. Hungria, Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, v. 1, p. 147.

¹⁹. Oscar Stevenson, Concurso aparente, in Estudos, cit., p. 41.

jurídico, aplicando-se o princípio major absorbet minorem²⁰. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta²¹. Há consunção, igualmente, quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.

É exatamente *princípio da consunção* que o autor do homicídio, com arma de fogo, por exemplo, não responde pela figura tentada, pelas lesões corporais, pelo perigo para a vida ou saúde de outrem, ameaça etc., pois essas infrações menores são abrangidas pela figura mais grave, a morte da vítima. Pois algo semelhante ocorre na figura da “gestão fraudulenta”, sabidamente um tipo aberto, abrangente e de contornos pouco delineados, abarcando toda a complexidade gerencial e administrativa da instituição financeira.

Com feito, a abrangência do *conceito de gestão* (bancária ou de instituição financeira) engloba atividades gerais e especiais, importantes e irrelevantes, específicas ou genéricas da instituição financeira, mas apenas algumas delas têm o condão de produzir danos ou lesão ao bem jurídico tutelado; outras, embora integrem o conceito abrangente de gestão, sequer tem idoneidade para, isoladamente, lesar referido bem jurídico, posto que desvinculados da *atividade-fim* da instituição financeira, v. g., administração de pessoal, recursos humanos, pagamento de despesas gerais etc. No mesmo sentido, as supostas “ocultação” e “dissimulação” de movimentação financeira, que porventura, *ad argumentandum*, tenham ocorrido no exercício da função bancária, estarão igualmente abarcadas pelo abrangente

²⁰. Damásio, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, p. 99.

²¹. Sobre a impunibilidade do “antefato” e “pós-fato”, ver Aníbal Bruno, Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 263; também Oscar Stevenson, Concurso aparente, in Estudos, cit., p. 42.

conceito de **gestão de instituição financeira**. Logo, é impossível pretender fragmentá-las para excluir da figura de gestão, fraudulenta ou temerária de instituição financeira, para capitulá-la em qualquer outro crime, no caso, **lavagem de dinheiro**, sob pena de violar, nessa hipótese, dois princípios do conflito aparente de normas, quais sejam, a *especialidade e a consunção*, incorrendo em condenável bis in idem, agravando irreparável e injustamente a situação dos denunciados.

Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de *bens jurídicos* distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. É conhecido, entretanto, o entendimento do TRF da 4ª Região, no sentido de que o art. 22 absorve o art. 6º da Lei n. 7.492/86²². Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da *consunção*. Inegavelmente — exemplificando — são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17/STJ)²³. No conhecido enunciado da Súmula 17 do STJ, convém que se destaque, reconheceu-se que o estelionato pode absorver a falsificação de documento. Registre-se, por sua pertinência, que a pena do art. 297 é de 2 a 6 anos de reclusão, ao passo que a pena do art. 171 é de 1 a 5 anos. Não se questionou, contudo, que tal circunstância impediria a absorção, mantendo-se em plena vigência a referida súmula.

Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade de sanções cominadas²⁴, mas a *razoável*

²². TRF da 4ª Região, Proc. 200104010804291/PR, 7ª T., Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. em 26-10-2004, DJU, 17-11-2004, p. 838.

²³. Súmula 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

²⁴. O Superior Tribunal de Justiça voltou a aplicar a pena de estelionato tentado, desprezando a existência do crime-meio de falsidade (a despeito da menor pena do estelionato — CC 30090/SP).

inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente.

Para **Jescheck**, há *consunção* quando o conteúdo do injusto e da própria culpabilidade de uma ação típica inclui também outro fato ou outro tipo penal, expressando o desvalor do ocorrido em seu conjunto²⁵. Nesse sentido, professava **Aníbal Bruno** afirmando: “O fato definido em uma lei ou disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vem aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção. Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa”²⁶.

III.3.3. Antefato e pós-fato impuníveis

O *princípio da consunção* tem abrangência maior do que aquela tradicionalmente reconhecida, como simples “conflito aparente de normas”, podendo atingir, inclusive, a *pluralidade de fatos*, adotando critérios valorativos.

Um *fato típico* pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior, mesmo que ofenda outro bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Podem ser lembrados, como exemplos de *fato anterior impunível*, a falsificação do cheque para a

²⁵. Jescheck & Weingend, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Granada, Comares Editorial, 2002, p. 792-793.

²⁶. Aníbal Bruno, *Direito Penal*; Parte Geral, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. 1, p. 262.

obtenção da vantagem indevida no crime de estelionato; de *fato posterior*, a venda que o ladrão faz do produto do furto a terceiro de boa-fé. Outras vezes, determinados fatos são considerados meios necessários e integrantes normais do *iter criminis* de uma ação principal.

Casos como esses não se confundem com o *conflito aparente de normas*, que examinamos, embora, convém ressaltar, tais fatos sejam absorvidos pelo principal, a exemplo do que ocorre com o princípio da *consumção*. Com efeito, apesar da possibilidade de configurar uma *pluralidade de ações*, em sentido naturalista, e, normalmente, sejam orientadas pelo mesmo motivo que levou à prática do ato principal, apesar de, a princípio, ser possível a punição autônoma, pois legalmente previstos como figuras típicas, não passam, *in concreto*, de *simples preliminares* (fatos anteriores) ou *meros complementos* (fatos posteriores) do fato principal. Nesses casos, *a punição do fato principal* abrangê-los-á, tornando-os, isoladamente, impuníveis. Destacava **Aníbal Bruno** que “o fato posterior deixa de ser punido quando se inclui, como meio ou momento de preparação no processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas, para a realização final. Assim, a posse de instrumentos próprios para furto ou roubo é consumida pelo furto que veio a praticar-se; as tentativas improfícuas se absorvem no crime que, enfim, se consumou”²⁷. Os fatos posteriores que significam um “aproveitamento” do anterior, aqui considerado como principal, são por este consumidos.

Para alguns autores, como **Wessels**, nas hipóteses de *antefato impunível* ocorre uma espécie de *subsidiariedade tácita*²⁸. Não nos parece a definição mais adequada, considerando esse entendimento em termos de consequências, isto é, sob o ponto de vista prático, pois não decorre nenhuma alteração *in concreto*. É como se fosse, *mutatis mutandis*, uma

²⁷. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. 1, p. 263-4.

²⁸. Johannes Wessels, *Direito Penal*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1976, p. 181.

operação matemática, na qual a ordem dos fatores não altera o produto, chegando-se, em ambos os casos, ao mesmo resultado. Contudo, quando se trata de *pós-fato impunível*, inegavelmente, estamos diante do *princípio da consunção*. Normalmente, esse episódio ocorre com atos que são adequados ao *exaurimento* do crime consumado, que, no entanto, também estão previstos como *crimes autônomos*. Com efeito, a punição daquele absorve a destes. Assim, no exemplo clássico do ladrão que, de posse da *res furtiva*, a deteriora pelo seu uso, a *punição* pela lesão resultante do furto (art. 155) absorve a punição pela lesão decorrente do *dano* (art. 163).

Destaca **Wessels**²⁹, no entanto, com acerto, que, se o agente vende a coisa para terceiro de boa-fé, comete *estelionato* em concurso material com crime de *furto*, pois produziu nova lesão autônoma e independente contra vítima diferente, com outra conduta que não era consequência natural e necessária da anterior.

Em síntese, deve-se considerar absorvido pela figura principal tudo aquilo que, enquanto ação — anterior ou posterior —, seja concebido como necessário, assim como tudo o que dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*).

IV. CONCLUSÕES

Respostas às indagações de nossos consulentes, nos termos dos fundamentos que acima desenvolvemos:

- 1) **Afinal, essa fragmentação dos fatos operada pelo Ministério Público, imputando dois crimes – gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro – pela prática da mesma conduta, não estaria violando o *conflito aparente de normas*?**

²⁹. Johannes Wessels, *Direito Penal*, cit., p. 181.

A denúncia descreve crime único – **gestão fraudulenta** – dividido em duas partes: numa destacando aquilo que, na sua ótica, seria **atos de gestão por excelência** (capitulado como gestão fraudulenta), e, noutra, os atos que, para o *Parquet*, tipificariam o **crime de lavagem de dinheiro**, não percebendo sua *natureza complementar*, **isto é, também caracterizadores de atos típicos de gestão bancária**. Incorre a acusação, inegavelmente, em *bis in idem*, **violando o princípio da consunção**. Intencionalmente, desintegrou alguns atos fragmentando a conduta de *gerir*, para fazer incidir mais de um tipo penal, em uma mesma e única conduta incriminada.

Há visível violação dos princípios informadores do conflito aparente de normas, incorrendo em inadmissível *bis in idem*. Equivocada, no particular, a pretensão da acusação ao denunciar por gestão fraudulenta, e, ao mesmo tempo, fragmentando a própria gestão, para retirar-lhe parcela dela para dar-lhe outra definição jurídica, qual seja, **crime de lavagem de dinheiro** – violando, por consequência, o *princípio do conflito aparente de normas*, decompondo uma atividade complexa, progressiva, em mais de um crime.

Por fim, essa equivocada opção do *Parquet* importa em **excesso acusatório**, sendo imperiosa a absorção no conceito de gestão bancária ou de instituição financeira de todos os atos que a integram, inclusive aqueles tidos como complementares, como única solução legal adequada, sob pena de ofender o *ne bis in idem*.

2) Alternativamente, encontra correspondência típica a imputação do crime de lavagem pela suposta ocultação ou dissimulação de saques dos depósitos ditos simulados, com objetivo de impedir a identificação dos seus destinatários?

A doutrina especializada tem sustentado que, em tese, a finalidade do *crime de lavagem de dinheiro* é **ocultar ou dissimular a origem ilícita de “dinheiro sujo”**, isto é, de dinheiro mal havido, ilicitamente conquistado

ou adquirido. No caso da lei brasileira, claramente, a finalidade da lavagem de bens é ocultar ou dissimular que a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores produto, direto ou indireto, de crime. No entanto, não foi essa a imputação da denúncia aos diretores do Banco Rural, pois essa parte dos fatos referida preambular acusatória lhes atribui como crime de gestão fraudulenta; fragmentou, indevidamente, os fatos para capitulá-los em dois crimes distintos, como já afirmamos.

Na realidade, a finalidade do crime *lavagem de dinheiro* é transformar “dinheiro sujo” – obtido com uma ação criminosa (rol legal) - em valores ou bens lícitos ou legítimos, com a finalidade de integrar aberta e limpamente o patrimônio ao destinatário. Com efeito, o objetivo do crime de lavagem não é camuflar ou impedir que se saiba quem é o destinatário dos valores lavados, como pretende a denúncia, mas garantir-lhe a legitimidade da obtenção e uso do referido produto. Na verdade, *é absolutamente atípica a conduta de ocultar ou dissimular saques dos depósitos ditos simulados*, dificultando a identificação dos destinatários dos valores sacados. Em outras palavras, a imputação de lavagem de dinheiro aos diretores, nos termos da denúncia, não encontra adequação típica no art. 1º da Lei 9.613/98.

É o nosso parecer,

Sub censura

Brasília, 10 de setembro de 2012.


CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Professor do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado Criminalista. Procurador de Justiça aposentado no Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Penal. Parecerista e Consultor