

LEGAL OPINION

Consulta-me o ilustre advogado Márcio Thomaz Bastos sobre o acerto da capituloção legal apresentada na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal em face de José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello, executivos do Banco Rural, no processo-crime batizado como "Mensalão". O Ministério Público, ao articular a acusação de corrupção generalizada na esfera política para o fim de financiar campanhas políticas e dar sustentação político-legislativa ao Governo, dividiu os participantes em núcleos: Núcleo Central, composto por integrantes do Partido dos Trabalhadores (José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno); Núcleo Operacional e Financeiro-Publicitário, integrado por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias da SMP&B e DNA; e, por fim, Núcleo Operacional e Financeiro-bancário de que participantes os dirigentes do Banco Rural, a saber, José Augusto Dumont, José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello. A sinergia desses Núcleos teria o fim de instaurar e perpetuar um endêmico sistema de corrupção de agentes públicos e políticos voltados ao apoio político do governo. Com relação ao Núcleo Financeiro-bancário, a denúncia descreveu várias operações envolvendo a SMP&B e a DNA e a Grafitti e o Partido dos Trabalhadores, e diversos outros clientes nas quais haveria grave violação dos deveres funcionais - a configurar gestão temerária ou fraudulenta. Fechou, porém, o foco nas condutas envolvendo os membros do Partido dos Trabalhadores e Marcos Valério e suas empresas e o Banco Rural e seus dirigentes, a caracterizá-las, além de gestão fraudulenta, como lavagem de dinheiro. A violação grave dos deveres e responsabilidades

de "compliance", a realização de operações arriscadas e não usuais no mercado de crédito e bancário resultaram em dano para a instituição e abalo ao mercado financeiro e teriam permitido, igualmente, a lavagem de recursos financeiros ilícitos com sua entrega final a agentes políticos.

Indagam sobre a possibilidade jurídica de convivência dessas duas imputações, considerado o recorte e descrição dos fatos operados pela denúncia. Perguntam se estaria a ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas penais ou concurso de crimes.

Remetendo a resposta direta e objetiva para o item VI, final desta *legal opinion*, importante é enfrentar uma questão pressuposta pela pergunta: os fatos descritos na denúncia podem configurar em tese crime de lavagem de dinheiro? Tenho para mim que não, conforme exponho a seguir.

RESPOSTA

I - O COMBATE INTERNACIONAL E NACIONAL À LAVAGEM DE DINHEIRO OU BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

A partir da Convenção de Viena de 1988 houve o verdadeiro despertamento no plano internacional para a prática de branqueamento de capitais e bens como forma, organizada, estruturada e eficiente de fazer ingressar na economia legal o produto e o proveito de graves infrações criminais, designadamente, no que respeita à Convenção, do crime de tráfico ilícito de entorpecente. À Convenção de Viena, seguiu-se a Convenção do Conselho da Europa sobre o Branqueamento, Identificação, embargo e Decomisso dos Benefícios Econômicos derivados de delitos, e a agilização de medidas pela generalidade dos governos, como, p.ex., *Action Task Force on money laundering* (FATF) criado em 1989 pelo denominado grupo G7, que no ano seguinte emitiu 40 recomendações ligadas à prevenção e repressão da prática do crime de lavagem.

O termo lavagem de dinheiro (ligado à ação do agente) ou branqueamento de capitais (conexional com o resultado da ação) constituem sinônima que significa a transformação de ativos ilícitos em ativos lícitos, mediante uma ou mais operações sucessivas, de maior ou menor complexidade, de escondimento da origem, da natureza e da finalidade do capital ou bem, integrando-os ao regular trânsito da economia do país ou da economia internacional.

Um dos meios intermediários para operação dessa conversão é justamente o do sistema bancário. Dai a preocupação de organismos internacionais e a entidades dirigentes do sistema financeiro nacional em aperfeiçoar os mecanismos de controles e prevenção, a estatuir normas e regras de funcionamento do sistema destinado a tornar seguro o fluxo de capitais. Por isso, no plano nacional, a criação do SISBACEN e a edição de várias Cartas Circulares pelo Banco Central, sendo as mais relevantes as de n. 2826, 3098, 3151, 3430; a criação do COAF e a edição da Lei 9.613/98 que definiu os crimes de lavagem de dinheiro e dispôs sobre a responsabilidade administrativa dos agentes operadores do mercado. No que toca a incriminação penal, a conduta típica prevista no art. 1º da Lei n. 9.613/98 vem descrita como a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes definidos como antecedentes na própria lei (houve recente mudança com Lei nº 12.683, de 2012). Exige-se portanto a ocultação ou dissimulação capaz de fazer com que os capitais manchados sejam confundidos ou distraídos quanto sua origem ou natureza e assim habilitados a serem postos em circulação como capitais, bens ou valores lícitos. A dissimulação, a bem ver, coagula todas as etapas dos branqueamento. Isto é, por ações sucessivas e complexas de distanciamento da origem ilícita dos recursos, há uma mutação na natureza dos ativos e sua reintrodução com aparência de licitude nos diversos mercados.

II - A DENÚNCIA NÃO ARTICULA FATO CRIMINOSO DE LAVAGEM: APENAS REPETE OS TERMOS LEGAIS. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

A denúncia não articula relativamente aos membros do denominado Núcleo Financeiro-bancário conduta que importe dissimulação de origem de bens e valores manchados, colocados de algum modo no sistema financeiro. Não existe descrição de conduta de ocultação de origem e natureza de recursos pela realização de sucessivos negócios ou complexas transações financeiras, ou o relato de sua subsequente integração ou reintegração legítima de capital ao mercado financeiro. Imperioso à imputação penal de lavagem

descrever suficientemente as ações capazes de atender às diversas fases do crime. Não basta repetir a letra das lei ou em refrão insistir na semântica das palavras. Devem-se apontar concretamente fatos corporificadores dos estágios da lavagem.

Na lição de Raul Cervini, a tipologia do crime de branqueamento de capitais apresenta necessariamente as fases de ocultação, de controle e cobertura e, finalmente de integração ou branqueamento propriamente dito, instante último no qual os bens ou capitais se revertem ao próprio mercado¹. No mesmíssimo sentido, José Laurindo de Souza Netto² afirma serem três fundamentalmente as fases da lavagem: a fase "da colocação do dinheiro no mercado, onde se busca o desfazimento rápido da grande quantidade de notas e moedas de pequeno valor... visando a desvinculação de sua origem", a segunda fase em que se promove "o distanciamento do capital de sua origem através de transações subsequentes, de modo a apagar o "rastro" deixado pela obtenção do benefício ilícito. Para tanto, utiliza-se de complexas transferências, compensações financeiras, com participação dos paraísos fiscais", e a terceira fase "que finaliza o processo, consiste na integração do capital originariamente ilícito par ao mercado lícito". Como sintetiza William Terra de Oliveira, "As modalidades de condutas descritas na parte principal do artigo traduzem a ideia central do tipo e indicam a razão do injusto: punir os processos de atribuição de aparência de licitude a bens, direitos ou valores cuja origem deita raízes em fatos ilícito anteriores"³.

É lembrada a doutrina de Madinger, John e Zalopanu, Sydney (Money laundering - a guide for criminal investigators. Boca Raton: CRC Press, 1999, p. 15) segundo quem "people who have studied the problem have characterized money laundering as a cycle, the objective of which is to have access to 'clean' appearing money at the end of the process"⁴.

1 *Lei de lavagem de capitais*, São Paulo: RT, 1998, p. 100 e 101.

2 *Lavagem de dinheiro, comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Juruá, 2002, p. 43.

3 *Lei de lavagem de capitais* cit., p. 319.

4 Pitombo, *Lavagem de dinheiro*, São Paulo: RT, 2003, p. 86.

A denúncia não refere em nenhum instante qualquer ação do Banco e de seus dirigentes capaz de integrar recursos ao circuito de lavagem ou fazê-los dele saírem limpos. Não indica conduta concreta de dissimulação, ocultação e legitimação de bens e valores ou receitas ilegais com sua reintegração ao mercado lícito. A denúncia apenas repete e repete os termos da lei. Quando ensaia relatar fatos descreve tão-só a ação consciente, intencional, dolosa em celebrar arriscadíssimos contratos de mútuo, a omissão de ações de *compliance* e de comunicação ao SISBACEN de operações bancárias suspeitas, e a facilitação de vultosos saques em moeda por terceiros de valor, sem registro de sacador. Essas condutas *sic et simpliciter* constituem apenas gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira.

O que a denúncia efetivamente descreve - e é só isso que verdadeiramente descreve - é uma falha administrativa, a que atribui a qualidade de dolosa, na gestão da Instituição. Os dirigentes do Banco não teriam cumprido as determinações constantes de Circulares do Banco Central, bem assim não teriam observado dispositivos expressos na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98). Como pessoas sujeitas à lei, ou, na atual redação, como pessoas sujeitas ao mecanismo de controle (art. 9º), já que devidamente identificados os clientes e feitos e mantidos os devidos registros (art. 10), competir-lhes-ia dispensar especial atenção às operações referidas na denúncia porquanto constituiriam sérios indícios de crimes contra a administração pública além de realizar tempestiva e regularmente a comunicação ao Coaf de operações suspeita (art. 11).

No entanto, para essa imputada falha administrativa há previsão de sanção administrativa na lei, sem qualquer reserva para aplicação de reprimenda penal⁵. Ou seja, a própria lei excogita de várias respostas, sérias e

5 Sobre a punição no plano administrativo excluir a punição no âmbito penal a doutrina e a jurisprudência já têm posição consolidada. Quanto a esta última, no que toca p.ex. o crime de desobediência ou infração à lei eleitoral, o STF e o TSE já fixaram: “Cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico (...) Para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa”. - **STF, PRIMEIRA TURMA HABEAS CORPUS 86.047-8 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE.** Data: 04/10/2005; “Este Tribunal Superior Eleitoral assentou que a ausência injustificada de mesário no dia da votação não constitui o crime previsto no art. 344 do Código Eleitoral. Configura tão

graves para coibir e punir o fato, como, p.ex., multa de expressivo valor (referenciada pelo dobro do valor da operação, o dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, que pode atingir atualmente R\$ 20.000.000,00), inabilitação até por dez anos para o exercício de cargo de administrador das pessoas jurídicas chegando à cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento (art. 12) para pôr cobro à omissão culposa ou dolosa dos deveres imperativos à Administração da instituição.

A legislação penal, no entanto, não capitula crime a ser praticado por agente da instituição financeira que descumpre dolosamente esses deveres. Como observa José Laurindo de Souza Netto, "O legislador nacional, considerando inadequada qualquer reação de natureza penal optou por punir administrativamente as violações estabelecidas no arts. 10 e 11".⁶ Para Marco Antonio de Barros⁷, a punição administrativa está justificada dentro da ideia político-criminal de distribuição de funções entre o direito penal e o direito administrativo penal, pelo que "entalha-se nessa metodologia o propósito de inibir qualquer forma de colaboração ou comportamento que, sob o enfoque

somente infração administração prevista no art. 124 do Código Eleitoral, que não contém ressalva expressa quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal". - **TSE**, REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 28620 - Duque De Caxias/RJ. Decisão Monocrática de 27/02/2012. Relator(a) Min. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 08/03/2012, Página 22-23; "O não comparecimento de mesário no dia da votação não configura o crime estabelecido no art. 344 do CE, pois prevista punição administrativa no art. 124 do referido diploma, o qual não contém ressalva quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal. 3. Ordem concedida" (**TSE**, HC 638, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 21.5.2009); "Previsão de sanção administrativa sem ressalva de incidência de norma incriminadora pelo mesmo fato. Desnecessidade de realização de audiência preliminar em razão da atipicidade da conduta na seara criminal. Precedente desta Corte (RC 10.080)". - **TSE**, REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 5715 – Macaé/RJ. Decisão Monocrática de 03/08/2012. Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 152, Data 9/8/2012, Página 37-38; "AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. Proibição de atuar em nome de sociedade. Descumprimento do preceito. Irrelevância penal. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito". **STF**, SEGUNDA TURMA HABEAS CORPUS 88.572-1 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO. Data: 08/08/2006; "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal". - **STF**, HC 88.452, 2^a T., 02.05.06, Eros Grau (DJ 19.05.06).

6 Op. cit., p. 170.

7 Lavagem de dinheiro. São Paulo: Oliveira Mendes Editora, 1998, p. 177.

meramente administrativo, possa favorecer o encobrimento de crimes e lavagem e prejudicar os desígnios repressivos estatais especificados nesta lei". E há razão dogmática para isso, como se verá adiante.

A denúncia não referiu a existência, p.ex., de "off-shores" pertencentes aos representantes legais da DNA ou SMP&B por intermédio das quais os dirigentes do Banco Rural internalizariam valores suspeitos de terceiros, mediante a manobra⁸, p.ex., de tais valores escusos servirem como lastro para concessão de irregulares e estranhos mútuos no Brasil. Não aludiu em nenhum instante a conduta eventual de o Banco ou seus dirigentes eles mesmos disfarçarem a origem e rastro de valores suspeitos valendo-se de intrincadas e complexas operações financeiras no exterior ou no Brasil, e nem que fizessem o Banco e seus dirigentes eles mesmos a introdução ou reintrodução maquiada, disfarçada, alterada mesmo na essência dos referidos valores, tornando-os limpos, claros, lícitos. Como se sabe, é da essência do tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/98 que haja a ocultação ou dissimulação da natureza origem, localização disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime tenham "o desiderato de converter, ou transformar, bens, direitos ou valores ilícitos em respectivos correspondentes lícitos".⁹ A ocultação, que é o disfarce ou escondimento dos valores, e a dissimulação constituída pela garantia da ocultação, tem por finalidade diminuir a visibilidade dos recursos¹⁰ com a finalidade de transformar sua natureza de ilícita em lícita.

O que imputa a denúncia é a realização de depósitos no Banco Rural oriundos de entes públicos por meio do sistema bancário oficial (o que é obrigação legal pois somente por ordem bancária o Governo e seus entes fazem pagamentos, conforme o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAF). Esses depósitos teriam como fonte ou origem contratos viciados celebrados com a Administração com o propósito de desvio

8 Aliás, quando a denúncia toca neste tema recebe abrupta interrupção na descrição de delitos contra o sistema financeiro. Não conecta a existência de *off-shore* com lavagem de dinheiro descrita os autos.

9 William Terra de Oliveira, op. cit., p. 329.

10 Op. ult. cit., p. 331.

de dinheiro público e seu posterior encaminhamento a agentes públicos e políticos.

Apertada e apertada a denúncia, seu sumo resume-se a: (i) trânsito em conta corrente de valores escusos depositados por entes públicos e (ii) concessão de empréstimos arriscados, com saques em dinheiro pelos correntistas e mutuários mediante emissão de cheque descontado na boca do caixa pelo próprio cliente (Simone ou Marcos Valério - p.ex., pp. 37, 96, 102) ou por terceiros, sem comunicação aos órgãos de controle. Isto, se efetivamente ocorrido, não constitui lavagem de dinheiro; se tanto, irregularidade administrativa a ser punida, nos termos da Lei n. 9.613/98 por sanções administrativas. Se se quiser enxergar leviandade e malícia na conduta dos dirigentes do Banco, que empreenderam gestão tomada de má-fé e dissimulação até mesmo para permitir conscientemente a prática de lavagem de dinheiro por terceiros, o fato resolve-se tipicamente no delito de gestão fraudulenta de instituição financeira como será visto mais adiante.

III - O BANCO OBEDECEU ÀS NORMATIVAS DO BANCO CENTRAL E A LEGISLAÇÃO: HOUVE ZELO ALÉM DO QUE EXIGE A LEGISLAÇÃO

É relevante o fato de Laudo Técnico Pericial oficial atestar possuir o Banco os controles das operações de crédito e também dos saques realizados, havendo cumprido as devidas comunicações ao Banco Central em estrita obediência às Cartas Circulares 3098/03 e 3151/04. Ficou indisputável que, antes mesmo dessas normativas, o Banco Rural já adotava procedimento rotineiro - e não foi diferente nos episódios relatados na denúncia - de documentação em formulário de controle específico a transação em espécie para os saques acima de dez mil reais, sendo registradas e comunicadas todas as operações acima de cem mil reais no módulo PCAF 500 do SISBACEN, com informação precisa do CNPF do sacador (SMP&B) - pois os cheques eram nominais à própria empresa. Isso não obstante, ia além: registrava e mantinha na contabilidade informatizada do Banco o nome das pessoas físicas efetivamente recebedoras dos valores, em estrita obediência à Carta Circular

3098/03, o que permitiu que espontaneamente entregassem ao Juízo Criminal da 4a. Vara Federal todas as informações relativas às pessoas recebedoras, mesmo depois de esgotadas as diligências da PF.

De todo modo, como se verá a seguir, a denúncia descreve um delito impossível de lavagem de dinheiro ao atribuir de autoria dos dirigentes do Banco Rural. Numa palavra: se o dinheiro que abasteceu a conta foi produto de um contrato de mútuo, renovado ou não - aqui não importa -, *ipso facto* não poderia ser resultado de nenhum delito anterior de lavagem, porquanto provieram do próprio cofre do Banco, portanto recursos lícitos. Se o abastecimento da conta foi por intermédio de recursos provindo de outras instituições financeiras¹¹, já teriam chegado lavados, isto pela lógica da denúncia que identifica o mero depósito em conta corrente, no caso a conta de origem dos valores, como lavagem. De outro lado, se os recursos originalmente ingressos nas contas correntes eram manchados, seu simples trânsito nessa qualidade e seu posterior saque à sorrelfa pelo próprio correntista ou por terceiros beneficiados (o que comprova a permanência do defeito ético e jurídico dos recursos) eram incapazes de transformá-los em ativos lícitos ou de colaborar de qualquer modo para assim lhes mudar a natureza.

IV - A LÓGICA EXPOSITIVA DA DENÚNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE CRIME DE LAVAGEM

Admitido, para raciocínio, haver o Núcleo de Marcos Valério abastecido o Banco Rural com dinheiro efetivamente sujo (p. ex. com recursos provenientes de crimes contra a administração pública), esses recursos não foram branqueados mediante a celebração dos contratos de mútuo ou e em virtude da realização de saques pelos próprios correntistas ou pagamentos a terceiros agentes públicos ou políticos, segundo ordem da SMP&B. Não houve qualquer conduta de representantes do Banco Rural capaz de alterar a natureza dos recursos depositados originalmente pelos entes públicos. Muito menos a

11 No entanto, os depósitos foram efetuados pelos próprios entes públicos, em obediência aos procedimentos estabelecidos no SIAF.

concessão de empréstimo - de valores lícitos do próprio Banco - constituiu mutação genética e ética de recursos escusos em legais, de ilícitos em lícitos, de viciados em virtuosos.

Há absoluta inidoneidade do meio quando se usa conta corrente simplesmente para inicial depósito pelos próprios entes públicos de valores defeituosos e seu subsequente saque. Se os valores depositados em conta fossem ilícitos - como quer a denúncia -, eles continuaram tisnados, manchados na origem, razão pela qual os pagamentos e saques foram feitos em dinheiro, supostamente fora do mercado aparente e visível, em contexto de escura clandestinidade. E a razão para assim proceder, de acordo com a acusação, foi para que os agentes e autoridades públicas pudessem recebê-los de forma disfarçada e dissimulada, o que torna absolutamente irrelevante haja sido o Banco Rural utilizado para o ingresso de valores escusos.

Reprise-se: esses valores permaneceram e se perpetuaram como escusos até alcançarem as mãos dos agentes políticos e públicos. Inclusive houve o pagamento clandestino em dinheiro, direto, feito pelo Núcleo Financeiro-Publicitário aos referidos agentes (p. 37, 96, 102), a demonstrar que o delito estaria configurado do mesmo modo se se realizasse - como quer a denúncia - seu trânsito pela instituição financeira. Em outras palavras, o transcurso dos valores pela Instituição não constituiu a um só tempo um trânsito sombrio e luminoso, não configurou qualquer expediente de dissimulação capaz de confundir e pôr na escuridão recursos ilícitos e ao depois excogitar e realizar operações estruturadas e complexas e sofisticadas a fim de iluminar a natureza e o propósito desses recursos com luzes de licitude. Não houve, pelo ingresso de valores supostamente suspeitos na Instituição e sua posterior saída, a transsubstanciação dos valores. Se ilícitos, permaneceram como tais, tanto que o pagamento não pôde ser feito à luz do dia, mas por meios transversos, utilizando, segundo o Ministério Público, de expedientes que aponta como fraudulentos, como o pagamento em cheque ao portador e a utilização de interpostas pessoas para recebimento dos valores. (p.ex. pp. 120, 121, 122). Em síntese, segundo a denúncia, os valores ingressaram sujos e saíram sujos, incapazes de cumprir qualquer papel no mercado lícito. O ônus de limpeza dos

valores foi transferido totalmente ao recebedor final, como expressamente reconhece a denúncia.

Modelar, p.ex., é esta parte da denúncia que desconstrói completamente a lógica da lavagem de dinheiro e que retrata apenas o fluxo de valores ilícitos que não perderam essa natureza durante o tráfego pela Instituição financeira:

"Roberto Jefferson indicou nomes de parlamentares beneficiários desse esquema, entre os quais o ex Deputado Bispo Rodrigues - PL; o Deputado José Janene - PP; o Deputado Pedro Corrêa - PP; o Deputado Pedro Henry - PP e o Deputado Sandro Mabel – PL. Informou também que ele próprio, como Presidente do PTB, bem como o ex tesoureiro do Partido, Emerson Palmieri, haviam recebido do Partido dos Trabalhadores a quantia de R\$4 milhões de reais, não declarada à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, uma vez que tal dinheiro não poderia ser contabilizado em razão de a sua origem não ser passível de declaração."

Vale dizer, recursos contaminados que continuaram a sê-lo mesmo depois de apropriados pelos maliciosos agentes públicos e políticos. Valores manchados que precisariam ainda de ser de algum modo limpos, branqueados ou inseridos no regular mercado financeiro e de capitais subsequentemente pelos agentes públicos e políticos recebedores finais.

Se há inidoneidade particular do meio utilizado para lavagem (dinheiro depositado em conta corrente pelos próprios entes públicos e seu saque subsequente para entrega a agentes públicos e políticos), no que respeita aos empréstimos apontados como maliciosos o fenômeno é da impropriedade do objeto.

Absoluta impropriedade do objeto é visível na denúncia na parte em que imputa a realização de contratos de mútuos entre o Banco Rural e as empresas de Marcos Valério, em operações sucessivamente renovadas, como

meio de encaminhamento de recursos a agentes públicos ou políticos mediante saque na boca do caixa pela emissão de cheques ao portador. Reconhece a própria acusação serem tais valores pertencentes ao próprio Banco Rural. Saíram de seus ativos. Provieram de seus cofres. Numa palavra, eram já limpos. De limpos, na "lógica" expositiva da denúncia, tornaram-se sujos com a entrega disfarçada a agentes políticos e públicos. Uma lavanderia ao contrário: os recursos de limpos tornam-se sujos. Essa conduta não espelha lavagem de dinheiro, mas sua conspurcação.

Por fim, há de ser considerada a inconsistência e incongruência acusatória ao afirmar que o expediente de saque em moeda na boca do caixa mediante a entrega de cheques a terceiros, e omissão de comunicação aos órgãos de controle, consistiria lavagem ou importante contribuição para a prática da lavagem. Como a acusação mesma reconhece, houve valores entregues em dinheiro pelo próprio Marcos Valério na sede de suas empresas, como também saques em dinheiro realizados junto ao Banco Rural pelos próprios acusados e posterior entrega aos mesmos agentes políticos ou públicos. Esse fato, mostra a irrelevância da comunicação ao SISBACEN dos referidos saques. A comunicação nominal dos beneficiários e respectivos CPF não mudaria a dinâmica dos fatos. Vale dizer, não é possível jurídico-penalmente imputar cumplicidade quando não ocorrida uma criação ou potenciação de um risco não permitido que ultrapassa a medida admissível¹². Não houve risco criado pelos dirigentes do Banco Rural¹³, porquanto todos os cheques emitidos pelas empresas nominais a si mesmas poderiam, como vários o foram, ser sacados pelos próprios funcionários e dirigentes das empresas de Marco Valério e entregues aos beneficiários finais, o que demonstra a irrelevância da omissão imputada aos dirigentes do Banco Rural de indicação do nome e CPF dos recebedores aos SISBACEN.

V - A LEITURA DA IMPUTAÇÃO DA DENÚNCIA

12 Figueiredo Dias, *Direito penal*, parte geral, tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 837.

13 Roxin, *Derecho penal, parte general*, tomo I. Madrid: 1997, p. 365.

A denúncia é genérica e imprecisa na redação e imputação dos fatos. Para cobrir de tipicidade a conduta dos dirigentes do Banco Rural afirma haver crime antecedente de fraude de licitação e de corrupção praticado pela SMP&B e pela DNA de Marcos Valério e seus comparsas. Na sequência de sua articulação paralógica, a denúncia traz a afirmação de que os recursos havidos de maneira ilícita e marcados geneticamente pelo crime de corrupção, fraude de licitação etc foram depositados na Instituição financeira¹⁴ para serem dirigidos, pelo Núcleo Financeiro-publicitário, à prática de outros crimes de corrupção. Ou seja, a denúncia relata recursos nascidos e permanecidos no ciclo da ilicitude, apenas a ser quebrado se os recebedores finais dos valores ilícitos os integrassem ao mercado por uma qualquer dissimulação.

A denúncia desenvolve páginas e páginas sempre à volta do mesmo eixo: os recursos havidos por Marcos Valério de supostos contratos de publicidade com entes públicos ou privados foram transferidos a partidos políticos e a agentes políticos com intermediação do Banco Rural como forma de pulverização de dinheiro público, além de concessão de empréstimos às empresas de Marcos Valério para o mesmo fim. (pp. 11, 14, 15, 17, 26, 28, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 51, 78, 79, 80 a 95).

A descrição da concessão de empréstimo também revela o expediente de singela repetição dos termos legais (dissimulação e ocultação de natureza e finalidade). Esta pode ser tomada como síntese desta imputação:

"Em conjunto com os dirigentes do Banco Rural, notadamente o falecido José Augusto Dumont, Marcos Valério desenvolveu um esquema de utilização de suas empresas para transferência de recursos financeiros para campanhas políticas, cuja origem, simulada como empréstimo do Banco Rural, não é efetivamente declarada, mas as apurações demonstraram tratar-se de uma forma de pulverização de dinheiro público desviado através dos contratos de publicidade". (p. 14)

¹⁴ Na verdade, como já se observou, os próprios entes públicos, por força do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAF) realizaram o depósito.

Não existe, portanto, verdadeiramente descrição de uma conduta dos dirigentes do Banco Rural de introdução no sistema bancário e financeiro de valores ilícitos¹⁵, a dissimulação e a transformação de sua natureza e origem mediante qualquer expediente, negócio ou operação bancária e financeira de modo a torná-los inocentes e lícitos e sua reintrodução no sistema bancário e financeiro. Simplesmente relata a denúncia o trânsito dos recursos supostamente ilícitos ingressados no sistema financeiro e que dele saíram com essa mesma característica, a apontar a inidoneidade do meio. Demais, como visto acima, há completa impossibilidade jurídica de nascimento típico de crime de lavagem quando se toma dinheiro lícito (dinheiro do próprio Banco) para transformá-lo em dinheiro ilícito (entrega a agentes públicos ou políticos como meio de prática de infração criminal). Trata-se de crime absolutamente impossível pela não-existência mesma do objeto (dinheiro ilícito).

VI - CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA: CRIME DE RESULTADO CORTADO. INOCORRÊNCIA DO DELITO DE LAVAGEM EM CONCURSO MATERIAL. HIPÓTESE DE EXAURIMENTO DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA.

A Lei 7.492/98 disciplinou os crimes contra o sistema financeiro com a finalidade de proteção do sistema financeiro quanto ao seu regular funcionamento, sua confiabilidade e transparência, de um lado garantindo os interesses econômicos estatais voltados à disciplina do mercado financeiro e, de outro, os interesses econômicos e financeiros dos participantes e agentes desse mercado, pessoas jurídicas ou físicas.

A gestão fraudulenta abala o sistema financeiro e produz desassossego e crise de confiança no mercado de bens, valores e capitais. A conduta de dirigentes de instituição financeira, nessa ordem de idéias, há de ser marcada pela competência técnica e a prudência operacional, observando o

15 Aliás, os próprios entes públicos é que os teriam introduzidos mediante pagamentos com lastro contratual.

administrador todas as regras disciplinadoras de sua ação no mercado (sem o que configura-se a gestão temerária), e pela lisura, honestidade e probidade na condução administrativa da instituição financeira (à falta do que resulta a gestão fraudulenta). A fraude, o engano, a prática de ações dolosas na condução de instituição financeira constituem em si mesmas infração criminal e, ordinariamente, apresentam-se como meio para a prática final de infrações penais. Uma gestão caracterizada pela má-fé, pelo engano, pela falsidade é ilicitude de tal potencialidade que vem a ser punida autônoma e antecipadamente.

O crime de gestão fraudulenta insere-se no contexto dos denominados "crimes de resultado cortado". Nssas infrações, inseridas no gênero dos denominados "crimes de intenção transcendente", o legislador opta pela incriminação "ex ante", independentemente da prática do delito subsequente, que pode ofender bens jurídicos da mesma ou de natureza diversa daquele objeto da incriminação precoce. Em outras palavras, o agente é punido "de antemão", sem que necessariamente o delito ou delitos subsequentes ocorram. E, se o ocorrerem, o fenômeno não é necessariamente de consunção, ou seja, os delitos posteriores não absorveriam o delito anterior. Não é obrigatoriamente uma progressão criminosa simples ou complexa, em que o delito anterior consistiria em necessária etapa de passagem para cometimento do crime seguinte mais grave mediante uma única ou mediante plúrimas ações. Não é forçosamente concurso formal de crimes, em que mediante uma única conduta mais de um resultado lesivo a bens jurídicos se sucederiam. O fenômeno que ocorre é mero exaurimento - caso a intenção do crime de resultado cortado seja transcendente.

A conduta anterior, p.ex., de comercializar motosserra sem licença ou registro da autoridade competente (crime ambiental previsto no art. 51 da Lei n. 9.605/98), não induz à responsabilidade pelo crime ambiental subsequente ou do homicídio ou de lesão corporal praticado pelo agente que se valeu da motosserra como instrumento, ou a comercialização subsequente do aludido equipamento. O delito subsequente ou é um absoluto irrelevante penal (porque não integrante em nenhum momento da intenção do agente) ou constitui mero

exaurimento da infração anterior, se compôs a ideação ou intenção ou consentimento do agente quanto ao resultado subsequente, que independe de sua ação concreta.

Nesse sentido, Marcelo Almeida Ruivo afirma constituir o crime de gestão fraudulenta um crime de resultado cortado – ainda que a intenção transcendente não esteja redigida no tipo penal, como p.ex. ocorre com o furto e também com o crime de fraude fiscal segundo a legislação portuguesa. Com todo acerto afirma que “a redação do crime de gestão fraudulenta não desfruta de legitimidade constitucional caso entendida como ilícito de mera desobediência à lei ou, em outros termos, ilícito de violação de dever legal e aplicada sem o necessário acertamento material do resultado jurídico da fraude. É imprescindível, portanto, a compreensão hermêutico-aplicativa do ilícito-típico adequada ao modelo constitucional de crime como ofensa a bem jurídico-penal. Nesse entender, para que a fraude denote relevância penal deve provocar a ofensa de dano/violação à verdade e a transparência e, ao menos, ofensa de perigo/violação ao patrimônio”.¹⁶

Régis Prado doutrina: “Gestão fraudulenta significa gestão de instituição financeira com fraude, com ardil ou com malícia, visando a obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro (v.g. simulação de operações ou maquiagem de balanços para desviar ativos na instituição e enganar investidores, outras instituições financeiras ou as autoridades que fiscalizarem o mercado)”.¹⁷

Esse posicionamento é absolutamente correto sob o ponto de vista dogmático, em especial no relacionamento do crime de gestão fraudulenta com o de lavagem de dinheiro. A Instituição financeira por ela mesma não está habilitada a fazer o branqueamento de capitais; antes, é usada como um possível caminho para esse branqueamento. O ingresso no mercado bancário constitui muita vez o primeiro passo, mas não necessário, para a operação de

16 *Criminalidade financeira. Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 180.

17 *Direito penal econômico. Delitos contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: RT, 2004, p. 229.

lavagem, que se concretizará quando, saídos do sistema financeiro, os recursos ganharem uma finalidade lícita, transformarem-se em ativos inocentes perfeitamente integrados no fluxo dos capitais e econômicos correntes, como, p.ex., investimento em bens imóveis, compra de bens móveis ou de títulos em geral. A singela entrada (anote-se de novo: por depósito efetuado pelo próprio agente público) e saída dos valores em conta bancária por si e em si não constitui a lavagem de dinheiro, mas o mero trânsito de recursos, que deve ser documentado, por eventualmente constituir elemento de prova da prática, por terceiros, do crime de lavagem. Daí a obrigação de comunicação de operações suspeitas ao SISBACEN.

Por essa razão é que na Lei de Lavagem estatuem-se obrigações e sanções administrativas pesadas às pessoas denominadas pela lei como responsáveis, especialmente os agentes bancários, de comunicação de operações (Circular 3098) de depósito em espécie, retirada em espécie ou pedido de provisionamento para saque, de valor igual ou superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), independentemente de qualquer análise ou providência, devendo o registro respectivo ser efetuado na data do depósito, da retirada ou do pedido de provisionamento para saque; de depósito em espécie, retirada em espécie ou pedido de provisionamento para saque, de valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), que apresente indícios de ocultação ou dissimulação da natureza, da origem, da localização, da disposição, da movimentação ou da propriedade de bens, direitos e valores, respeitado o disposto no art. 2. da mencionada Circular 2.852, de 1998, exigindo-se o registro do nome e o número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), conforme o caso, do proprietário ou beneficiário do dinheiro e da pessoa que estiver efetuando o depósito, a retirada ou o pedido de provisionamento para saque; e o registro ldo número da instituição, da agência e da conta-corrente de depósitos à vista ou da conta de poupança a que se destinam os valores ou de onde o valor será retirado, conforme o caso, bem como o nome e o número do CPF ou do CNPJ, conforme o caso, dos titulares das contas referidas no inciso II, se na mesma instituição, além da data e do valor do depósito, da retirada ou do provisionamento.

Assim compreendidas as coisas, o crime de lavagem de dinheiro - cujo bem jurídico tutelado é objeto de ampla discussão e dissenso na doutrina e na jurisprudência mas que aqui se aceita como sendo a proteção dos valores sócio econômicos - é independente dogmaticamente do delito de gestão fraudulenta que apresenta como bem jurídico o correto desempenho do mercado financeiro como condição determinante do bom funcionamento do sistema financeiro e crescimento da economia.

Por essa razão é que se excogitam apenas de sanções de natureza administrativa para a ausência de comunicação ao SISBACEN de operações suspeitas e não-usuais. O correto funcionamento do sistema financeiro e bancário em particular pode dificultar a prática de plúrimas infrações criminais lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, falsificação de documentos etc), cumprindo aos dirigentes das instituições do sistema bem cumprir os deveres na gestão da sociedade, que devem atender rigorosamente às exigências técnicas e legais além de caracterizar-se pela probidade, pela correção, pela prática de atos idôneos e lícitos na direção da entidade. Se descumpridos esses deveres e deles resultar ou puder resultar dano à Instituição e *ipso facto* e *ipso juris* ao sistema financeiro e bancário em sua integralidade, configurado restará o delito de gestão temerária, arriscada, marcada pela inobservância das cautelas exigíveis, pela lei ou pelos costumes de mercado, na condução dos negócios; ou tipificado ficará o crime de gestão fraudulenta, definida como uma gestão dolosamente dirigida à causar dano ao sistema, gestão tomada de má-fé pela prática consciente e voluntária de atos ilícitos, de natureza comum ou penal. Se dessas condutas arriscadas ou marcadas pela má-fé resultarem delitos outros, estes não se comunicam aos agentes responsáveis pelos primeiros. Se se comunicarem, fa-lo-ão na condição de mero exaurimento.

É verdade fazer referência o tipo penal de lavagem à conduta de ocultar ou dissimular a movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, a sugerir a possível subsunção da ação de agentes bancários de omitir informação ao SISBACEN de saques em espécie na "boca do caixa" como modo de dissimulação da movimentação do dinheiro

manchado. Considere-se inicialmente não ser possível confundir dissimulação da movimentação de recursos com a simples omissão de comunicação dessa movimentação. Dissimular a movimentação é precisamente enganar ou ocultar astuciosamente, disfarçar, dar aparência diversa da real a uma movimentação bancária, p.ex. movimentando os recursos em conta-corrente em nome de terceiros, o que evidentemente não foi articulado na denúncia. Como reconhece o Ministério Público, os extratos de conta corrente bem como as demonstrações todas do Banco Rural espelharam fielmente as operações. Tão somente a identidade dos sacadores finais não foi comunicada ao SISBACEN, conforme a Carta Circular 3151 do Bacen, normativa editada posteriormente aos fatos quando vigente a Carta Circular 3098, esta estritamente obedecida.

Note-se a propósito haver a vistoria do Banco Central encontrado irregularidades de gestão no Banco Rural não apenas com relação a empréstimos concedidos ao Partido dos Trabalhadores e a empresas ligadas a Marcos Valério, mas também a dezenas outras empresas, com relação as quais igualmente houve renovação dos mútuos, classificação errada de crédito, incapacidade econômica da empresa mutuária etc. (p. 90 da denúncia), o que demonstra ser hipótese de mera gestão temerária ou fraudulenta em sua generalidade, e não privilegiadamente aos integrantes dos aludidos núcleos criminosos.

Como é indisputável, a identidade e CPF das pessoas físicas que receberam o dinheiro, "ex abundantia" do que dispunha a Carta Circular 3098 e numa espécie de antecipação dos cuidados trazidos pela Carta Circular 3151, foram devidamente documentados no sistema informatizado do Banco e postos à disposição da Justiça, ainda que não alcançados por eventual busca e apreensão.

O que importa reter, no entanto, é que a conduta dos dirigentes da instituição financeira de simplesmente não comunicar ao SISBACEN qualquer operação suspeita ou estranha não configura, evidentemente, uma ocultação ou dissimulação de movimentação de valores nas contas-correntes desde que estão transparentes nos registros bancários. Sob esse prisma, a conduta não

apresenta a mínima possibilidade de tipificação criminal, pelo que não poderia a acusação, sob pena de configuração de excesso de acusação, somar ao delito de gestão fraudulenta de instituição financeira o crime de lavagem de dinheiro, em concurso material, tendo como crimes antecedentes os praticado contra a Administração Pública, o sistema financeiro nacional e o praticado por organização criminosa.

Assim, concluindo esta breve *legal opinion*, pode-se com plena certeza e consistência jurídica afirmar não descrever a denúncia delito de lavagem de dinheiro, constituindo a imputação deduzida pela acusação um delito impossível pela inexistência de objeto (empréstimo do Banco Rural ao Núcleo financeiro-publicitário; transformação de dinheiro inicialmente lícito em ilícito) ou pela inidoneidade do meio (recursos havidos de contratos celebrados com o Governo patrocinados pelo Núcleo Central político (PT) ingressados sujos por depósitos dos próprios entes públicos e saídos com igual qualidade para agentes políticos e públicos). Se admitida a descrição de delito de lavagem, isto para a única finalidade de construção de um raciocínio dogmático, a participação dos dirigentes do Banco Rural não é punível penalmente mas somente administrativamente, desde que a própria Lei 9.613/98 prevê apenas a punição administrativa sem exceptuar a responsabilidade criminal. Na mesma linha de raciocínio abstrato e dogmático, ainda que se pudesse apena criminalmente, o tipo de gestão fraudulenta é um tipo caracteristicamente de resultado cortado, com relação ao qual se pune apenas o delito antecedente, sendo irrelevante a prática por terceiros do crime subsequente, que configuraria, caso houvesse dolo ou intenção transcendente do agente do crime anterior de resultado cortado (gestão fraudulenta), mero exaurimento do delito precedente.

Não se trata, destarte, de concurso material de infrações; não se cuida de concurso aparente de normas penais a ser resolvido por um dos critérios de especialidade, subsidiariedade, consunção ou alternatividade; não se está perante um fenômeno de concurso formal de infrações, mas sim de um fato atípico penal para os dirigentes da instituição financeira.

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

PROF. DOUTOR DE DIREITO PENAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Esse o meu parecer, salvo melhor juízo.



DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO