

COORDENAÇÃO: Frederico Horta

REVISTA DO

INSTITUTO DE
CIÊNCIAS PENAIIS

R
I
C
P

20 ANOS ICP
Instituto de Ciências Penais

volume 5, número 2, dezembro 2020

 editora
D'PLÁCIDO

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Editor-Chefe
Frederico Horta

Editora Adjunta
Regina Juncal

Editores Executivos
**Ana Bueno, Durval Barcelos, Leo Ribeiro,
Paula Brener, João Victor Assunção**



ISSN 1809-192X (impresso) ISSN 2675-5874 (eletrônico)	Vol.5, N.2	Dez 2020
--	------------	----------

Conselho Editorial

Adriano Teixeira	(FGV/SP)
Alaor Leite	(Humboldt Universität/Alemanha)
Antônio Martins	(UFRJ/RJ)
Beatriz Vargas	(UNB/DF)
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes	(IBMEC/MG)
Carlos Augusto Canedo	(UFMG/MG)
Chiavelli Falavigno	(UFSC/SC)
Diego-M. Luzón Peña	(Univ. Alcalá/Espanha)
Eduardo Viana	(UFBA/BA)
Eugênio Pacelli	(IDP/DF)
Fernando Galvão	(UFMG/MG)
Flávia Siqueira	(Mackenzie/Campinas)
Frederico Horta	(UFMG/MG)
Gabriel Perez Barberá	(Uni. De Córdoba/Argentina)
Heloísa Estellita	(FGV/SP)
Ivò Coca Vila	(Uni. Pompeu Fabra/Espanha)
Luciano Santos Lopes	(FMC/MG)
Luís Greco	(Humboldt Universität/ Alemanha)
Maurício Dieter	(USP/SP)
Nuno Brandão	(FDUC/Portugal)
Paulo César Busato	(UFPR/PR)
Paulo de Souza Mendes	(FDUL/Portugal)
Tatiana Stoco	(UNISAL/SP)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros	(PUC/MG)

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Publicação Semestral da Editora D'Plácido e do Instituto de Ciências Penais

E-mail para submissão de artigos:

ricp@icp.org.br

Visite o site do Instituto de Ciências Penais:

<http://icp.org.br/revista/cientifica>

Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume 5. Número 2. Dezembro/2020

Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020
Semestral

ISSN: 1809-192X (impresso)

ISSN: 2675-5874 (eletrônico)

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6

I. Direito – II. Periódicos – III. Brasil

CDU 340

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos de responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

Corpo de Pareceristas (*volume 05, n.2 – chamada geral*)

André Pedrolli Serretti (Univ. de Granada)

Antônio de Padova Marchi Júnior (UNI/MG)

Carla Silene (IBMEC/MG)

Carla Benitez (UFGO)

Carolina Assis Castilholi (UFES)

Chiavelli Falavigno (UFSC)

Clécio Lemos (UNESC)

Felipe da Costa De-Lorenzi (PUC/RS)

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha (UFMG)

Fernando Nogueira Martins Júnior (UFLA)

Gustavo Silva (UFMG)

João Krakauer (UFMG)

Lucas Minorelli Gonçalves (PUC/RS)

Luciano Lopes (FMC/MG)

Luiz Eduardo Dias Cardoso (UFSC)

Marina Oliveira Teixeira dos Santos

Matheus Almeida Caetano (Univ. de Salamaca)

Michel Reiss (PUC/RJ)

Patrick Cacicedo (USP)

Raquel Scalcon (FGV/SP)

Renato Silvestre Marinho (USP)

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (UFMG)

Tatiana Badaró (UFMG)

Vinícius Diniz (PUC/MG)

Yuri Luz (USP).

Autores (*volume 05, n.2*)

Adriano Teixeira; Alaor Leite; Antônio Carlos de Almeida Castro; Fabrício Reis Costa;

Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda; Marilha Gabriela Reverendo Garau; Rodrigo

J. S. Amaral; Sérgio Quintão e Silva Filho; Rui Jorge Fonseca Caria; Victor Waquil

Nasralla; Vitor Rebello; Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

Diretoria da gestão 2020/2022 – Instituto de Ciências Penais

Kárin Emmerich	Presidente
Carla Silene	1ª Vice-Presidente
Andréa Abritta	2ª Vice-Presidente
Maurício Pinto Ferreira	1º Diretor-Secretário
Ana Paula Albino	2º Diretor-Secretário
Vinícius Diniz	3º Diretor-Secretário
Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme	1º Diretor-Financeiro
Thiago Pires Silva Carneiro	2º Diretor-Financeiro
Soraya Brasileiro Teixeira	Diretor de Comunicação
Daniel Saliba de Freitas	Diretor de Interiorização
Frederico Horta	Diretor Acadêmico

SUMÁRIO

CONTENTS

PARTE 1: DIREITO PENAL

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA NO CRIME DE AFASTAMENTO DE LICITANTE (ART. 95 DA L. 8.666/93): NE BIS IN IDEM E CONSEQUÊNCIAS EXTRATÍPICAS DO DELITO

SENTENCING ABOUT THE CRIME OF BIDDER REMOVAL (ART. 95 OF L. 8.666/93): NE BIS IN IDEM AND EXTRATYPICAL CONSEQUENCES OF THE OFFENSE

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p9-36

Alaor Leite, Adriano Teixeira **9**

A FALIBILIDADE DA SAÚDE PÚBLICA SOB A ÉGIDE DE UM CONCEITO RESTRITIVO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

PUBLIC HEALTH FALLIBILITY UNDER A RESTRICTIVE CONCEPT AEGIS OF COLLECTIVE LEGAL INTEREST

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p37-68

Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda **37**

CONTROLE DO RISCO, IMPUTAÇÃO OBJETIVA E LEGALIDADE PENAL: UM ENSAIO SOBRE OS REQUISITOS DE LEGITIMIDADE DAS TÉCNICAS DE REENVIO NO DIREITO PENAL

RISK CONTROL, OBJECTIVE IMPUTATION AND CRIMINAL LEGALITY: AN ESSAY ON THE LEGITIMACY REQUIREMENTS OF CRIMINAL LAW REFERENCE TECHNIQUES

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p69-94

Rodrigo J. S. Amaral **69**

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DUPLA TIPICIDADE NAS EXTRADIÇÕES REQUERIDAS PELOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA A PARTIR DE IMPUTAÇÕES DE LAVAGEM DE ATIVOS

BRIEF ANNOTATIONS ON THE DOUBLE CRIMINALITY STANDARD IN REGARD TO THE EXTRADITION CLAIMS FILED BY THE UNITED STATES OF AMERICA PERTAINING MONEY LAUNDERING FELONIES

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p95-119

Antônio Carlos de Almeida Castro, Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves, Vitor Rebello **95**

LAVAGEM DE DINHEIRO E A SITUAÇÃO NORMATIVA PARA OS ATOS DOS ADVOGADOS NO BRASIL

MONEY LAUNDERING AND THE NORMATIVE SITUATION FOR THE LAWYERS' ACTS IN BRAZIL

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p121-152

Fabrcio Reis Costa.....121

OCULTAR OU DISSIMULAR DE QUEM? POR UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS VERBOS NUCLEARES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

TO HIDE AND TO DISSIMULATE FROM WHOM? FOR A RESTRICTIVE INTERPRETATION OF THE NUCLEAR VERBS OF MONEY LAUNDERING

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p153-169

Srgio Quintao e Silva Filho.....153

PARTE 2: DIREITO PROCESSUAL PENAL

LAVAGEM DE DINHEIRO E INFRAÇÃO ANTECEDENTE: CONEXÃO E SEUS EFEITOS

MONEY LAUNDERING AND THE PREVIOUS CRIME: JOINDER OF ACTIONS AND ITS EFFECTS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p173-208

Victor Waquil Nasralla.....173

PARTE 3: CRIMINOLOGIA E POLÍTIKA CRIMINAL

MODELO DE POLÍTIKA CRIMINAL DE DROGAS EN ESPAÑA: LA TENENCIA PARA EL CONSUMO Y EL TRÁFICO DE DROGAS

DRUG CRIMINAL POLICY MODEL IN SPAIN: POSSESSION FOR DRUG USE AND TRAFFICKING

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p211-242

Marilha Gabriela Reverendo Garau.....211

A REINSERÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇADA UNIÃO EUROPEIA – O QUE NOS FALTA? O QUE PRECISAMOS?

SOCIAL REHABILITATION IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S JURISPRUDENCE – WHAT ARE WE MISSING? WHAT DO WE NEED?

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p243-272

Rui Jorge Fonseca Caria.....243

PARTE 1

DIREITO PENAL

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA NO CRIME DE AFASTAMENTO DE LICITANTE (ART. 95 DA L. 8.666/93): NE BIS IN IDEM E CONSEQUÊNCIAS EXTRATÍPICAS DO DELITO

SENTENCING ABOUT THE CRIME OF BIDDER REMOVAL (ART. 95 OF L. 8.666 / 93): NE BIS IN IDEM AND EXTRATYPICAL CONSEQUENCES OF THE OFFENSE

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p9-36

Alaor Leite

Docente Assistente junto à Cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Humboldt-Universität, de Berlin; Doutor e LL.M em Direito (LMU Munique).

Adriano Teixeira

Professor da FGV Direito São Paulo; Doutor e mestre (LL.M) em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique; estágio pós-doutoral em andamento na Humboldt-Universität, de Berlin, com bolsa da Fundação Fritz Thyssen.

Data de recebimento: 01/11/2020

Data de aceite: 05/11/2020

Última versão do autor em: 05/11/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

A partir de um caso concreto, investiga-se se, no contexto do delito previsto no art. 95 da L. 8.666/93, pode a formalização de ajuste em negócio jurídico, garantido por nota promissória, que visa ao afastamento de outro licitante por meio de oferecimento de vantagem, ser considerada como circunstância desfavorável na determinação judicial da pena-base (art. 59 do Código Penal). Para a resposta, que resultará negativa, analisam-se as questões do *ne bis in idem* e da relevância das consequências extratípicas do delito na determinação judicial da pena, especialmente na fixação da pena-base.

Palavras-chave:

Determinação judicial da pena; *Ne bis in idem*; Consequências extratípicas do delito; Pena-base.

Abstract:

Based on a specific case, it is investigated whether, in the context of the offense stipulated in art. 95 of L. 8.666/93, the formalization of an adjustment in legal transactions, guaranteed by a promissory note, which aims to remove another bidder by offering an advantage, can be considered as an unfavorable circumstance in the judicial determination of the provisional sentence (art. 59 of the Penal Code). For the answer, which will turn out to be negative, the questions of *ne bis in idem* and the relevance of the consequences that go beyond the specific legal definition of the offense in the judicial determination of the penalty are analyzed, especially in setting the provisional sentence.

Keywords:

Setencing; *Ne bis in idem*; Extratypical consequences of the offense; Provisional sentence.

Sumário: 1. Introdução; 2. Premissas teóricas; 2.1 Aplicação da pena proporcional ao fato: *ne bis in idem* e consequências extratípicas do delito; 2.1.1 *Ne bis in idem*; 2.1.2 Consequências extratípicas do delito; 2.2 Bem jurídico protegido pelo art. 95, caput, da Lei 8.666/93; 2.3 Resumo das premissas teóricas; 3. Aplicação das premissas teóricas ao caso concreto; 3.1 Os argumentos que justificam o aumento da pena-base; 3.2 Argumento central: *a formalização, garantida por nota promissória, do oferecimento de vantagem para afastar licitante como circunstância desfavorável ao condenado*; 3.2.1 Gradação dos meios de execução do delito: oferecimento de vantagem como meio de execução estruturalmente menos grave; 3.2.2 Formalização da vantagem como fator que extrapola o *usual* ou o *normal* do delito?; a) O “caso normal” do delito; b) Formalização da vantagem como *caso anormal normativo*?; c) Formalização da vantagem como *caso anormal empírico*?; 4. Argumentos adicionais: “Movimentação da justiça” em razão do protesto da cártula e cautelar de sustação do protesto e “prejuízo ao sistema de crédito” como consequências extratípicas do delito; 5. Resumo das conclusões.

1. Introdução

O presente texto constitui versão ligeiramente modificada e anonimizada de parecer jurídico elaborado pelos autores em atendimento à

solicitação de uma sociedade de advogados. A publicação deste parecer justifica-se pela relevância, a um só tempo, teórica e prática dos problemas nele tratados. O caso concreto¹ apresentado permite e exige a discussão de problemas interessantes no âmbito da dogmática da aplicação da pena, os quais ainda não receberam a devida atenção da ciência penal brasileira, sobretudo as questões do *ne bis in idem* e das consequências extratípicas do delito na fixação da pena-base.

O texto foi formulado em resposta ao seguinte questionamento jurídico:

- No contexto do delito previsto no art. 95 da L. 8.666/93, pode a formalização de ajuste em negócio jurídico, garantido por nota promissória, que visa ao afastamento de outro licitante por meio de oferecimento de vantagem ser considerada como *circunstância desfavorável* na determinação judicial da pena-base (art. 59 do Código Penal)?

2. Premissas teóricas

Para a análise da questão jurídica concreta a ser enfrentada, é necessário que preliminarmente se assentem duas premissas teóricas básicas. A primeira diz respeito a princípios e regras fundamentais da *aplicação da pena* (abaixo 2., 2.1). A segunda relaciona-se com o *bem jurídico protegido pela norma do crime* em questão, qual a seja, a do art. 95, caput, L. 8.666/93 (abaixo 2., 2.2). Ambas as premissas se relacionam inseparavelmente e, desse modo, são conjuntamente relevantes para a resposta ao questionamento jurídico formulado.

2.1. Aplicação da Pena Proporcional ao Fato: *ne bis in idem* e Consequências Extratípicas do Delito

O moderno direito penal é regido pela seguinte máxima, formulada em linguagem cotidiana: o criminoso é punido por aquilo que ele *faz* e não por aquilo que ele *é*. Tal máxima, de enganosa simplicidade, é mais do que uma platitude e possui consequências bastante concretas na dogmática da aplicação da pena. O foco na ação que viola a norma proibitiva, e não no que essa ação revela sobre a personalidade do sujeito, configura manifestação inequívoca da vigência de dois basilares

¹ Os aspectos fáticos do caso, constantes do parecer original, foram suprimidos para assegurar sua anonimização.

princípios jurídico-penais: o *da legalidade e o da culpabilidade*. Do primeiro decorre que o agente só pode ser responsável penalmente por aquilo que era proibido por lei de forma prévia, escrita e determinada². O segundo impõe que o autor do delito só responda por aquilo que causou, e que, ademais, poderia prever e evitar.³ Ambos os princípios têm validade não apenas no âmbito dos pressupostos de incriminação – na teoria do delito –, mas também no plano na determinação da pena: ou seja, os princípios da legalidade e da culpabilidade vigoram não só em relação ao *se*, mas também em relação ao *quanto* ou *como* da pena. Ninguém parece negar essa vigência, e a Sentença que condenou o Consulente não configura exceção: “é ilegítimo todo e qualquer fator de mensuração da pena que se lastreie no Direito Penal de autor, por ser contrário ao princípio da culpabilidade”. Assim, todos os fatores a serem considerados na aplicação da pena devem guardar relação com o fato, isto é, com *o injusto culpável realizado pelo autor*.⁴

Essa indiscutível afirmação, ainda excessivamente abstrata, possui consequências concretas. A referida máxima não deve apenas ser fari-

² Ver: LEITE, Alaor. Alteração jurisprudencial e proibição de retroatividade. In: RENZIKOWSKI; GODINHO; LEITE; MOURA. O Direito Penal e o Tempo, Instituto Jurídico. Coimbra, 2016, p. 43 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sine lege? – Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, De Gruyter: Berlin, 1978, p. 2; *idem*, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Strafrechtstheorie”. In: SCHÜNEMANN, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (org.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, Heidelberg 1998, p. 119.

³ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro, 8. ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 102; SCHÜNEMANN, Bernd, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. In: Hirsch/Weigend (org.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, p. 160.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils (org.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium, 1987, p. 225; ALBRECHT, Hans-Jörg. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität – Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, 1994, p. 117; VON HIRSCH, Andrew. Censure and Sanctions, 1993, p. 15, p. 29 ss., *passim*; HÖRNLE, Tatjana. Tatproportionale Strafzumessung, 1999, p. 329, *passim*; VON HIRSCH, Andrew/ Ashworth. Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, 2005, p. 131 ss; sobre isso extensamente: TEIXEIRA, Adriano, Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato, Marcial Pons: Madrid-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 115 ss; ver também: STOCO, Tatiana, Personalidade do agente na aplicação da pena. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014, p. 106 ss.

saicamente anunciada, mas meticulosamente respeitada em cada fase da aplicação da pena. Por vezes, mesmo aqueles que afirmam a vigência em abstrato dos princípios da legalidade e da culpabilidade acabam, ao fim, chegando a conclusões que acabam por violá-los no caso concreto. Há, especialmente, duas questões delicadas no âmbito da aplicação da pena que, não raro, são tratadas de modo confuso ou impreciso. A primeira das questões diz com o princípio do *ne bis in idem* ou proibição de dupla valoração ou punição.⁵ A segunda diz com a valoração das chamadas *consequências extratípicas do delito*.

2.1.1. *Ne bis in idem*

Segundo o *ne bis in idem* ou a proibição de dupla valoração, é vedada a avaliação negativa da lesão abstrata ao bem jurídico, por si só, ou da presença em si mesma de uma elementar típica do delito no momento de aplicação da pena, em razão do frugal fato de que tal valoração já fora realizada pelo legislador ao estipular o marco penal previsto para o tipo penal. Por exemplo, ao magistrado é defeso aumentar a pena-base sob o argumento de que a vítima de um estelionato sofreu um dano patrimonial, eis que este é pressuposto do crime do art. 171, CP.⁶

⁵ Cf. sobre isso: CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 171 e ss.; *idem*, Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, Saraiva: São Paulo, 2013, p. 287 ss; TEIXEIRA, Adriano. Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na APn 470/MG, do STF (Caso Mensalão), Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC), vol. 106, 2014, p. 13-44; *idem*, Teoria da aplicação da pena, p. 122, passim.

⁶ Nesse sentido, corretamente, STF RHC 117488 AgR / RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE: 16.10.2013: “Agravamento regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Concussão. Condenação. Apelação. 3. Decisão que negou seguimento ao recurso, dado que a apreciação do pedido da defesa implicaria supressão de instância. 4. Alegação de que as matérias são cognoscíveis de ofício: a) policial condenado por concussão não deve ter a pena agravada por ser policial, sob pena de bis in idem; e b) *não se agrava a pena do delito de concussão pelo motivo de ganhar dinheiro fácil, por se tratar, igualmente, de elemento do tipo*. 4.a. A inserção do servidor público no quadro estrutural do Estado deve e pode ser considerada no juízo de culpabilidade. Na aferição da culpabilidade deve-se também considerar o maior ou menor grau de dever de obediência à norma. Não ocorrência de bis in idem. 4.b. Vício de fundamentação na valoração da circunstância judicial do motivo do crime. 5. Recurso provido parcialmente e concessão parcial da ordem para determinar ao Juízo sentenciante, mantidas a condenação e seus efeitos, a correção do vício na individualização da pena, mormente para afastar a elementar do tipo por ocasião da valoração dos motivos do crime.” (meu destaque); STJ REsp 1255559 / DF, Rel. Ministro Sebastião Reis

No entanto – e aqui parece residir um primeiro equívoco comum em torno desse problema –, daqui não se pode extrair que *a intensidade da lesão do bem jurídico ou a intensidade da manifestação de uma elementar típica* não possam ser considerados na dosimetria da pena, por exemplo, para aumentar a pena-base.⁷ Ninguém duvidaria de que um espancamento, que ainda não realize os pressupostos da lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, deve ser apenado com maior gravidade que um tapa no

Júnior, Sexta Turma, DJE: 25.06.2013: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONDUTAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. SÚMULA 96/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...] 4. *Por se tratar de elementar do delito, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar a pena.* Precedentes. [...]” (meu destaque); STJ RHC 24472 / RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Dje: 17.10.2011: RECORRENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO INCISO II DO ARTIGO 3º DA LEI 8.137/1990. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DISPOSTA NO ARTIGO 12, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA NO TEXTO LEGAL. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Ao recorrente foi imputada a prática de crime funcional contra a ordem tributária disposto no inciso II do artigo 3º da Lei 8.137/1990, tendo o Ministério Público vislumbrado, ainda, a presença da agravante prevista no artigo 12, inciso II, da mencionada Lei. 2. O próprio artigo 12 da Lei 8.137/1990 restringe o seu âmbito de incidência aos delitos previstos nos artigos 1º, 2º e 4º a 7º da mencionada legislação, excluindo expressamente o artigo 3º de sua abrangência. 3. *Além do óbice legal à imposição da referida agravante, observa-se que a sua cominação, no caso concreto, implicaria indevido bis in idem, já que ela se refere à qualidade de funcionário público do agente, fato que constitui elementar do crime funcional previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei 8.137/1990.* 4. Desse modo, cumpre excluir da peça acusatória a cominação da agravante prevista no artigo 12, inciso II, ao delito disposto no artigo 3º, inciso II, ambos da Lei 8.137/1990 [...]” (meu destaque); cf. ainda STF HC 83.510-4, Rel. Min. Carlos Brito, Primeira Turma, DJ: 05.12.2003; HC STF 92.274-1, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJE 07.03.2008; RHC 85.879-1, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, 02.08.2005.

⁷ Fundamentalmente, SEEBALD, Rudolf. Das mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen. In: GA 1975, p. 232; HETTINGER, Michael. Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), 1982, p. 126 ss; TIMPE, Gerhard. Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot: Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB, 1983, p. 60 ss.

rosto, conforme o delito de lesão corporal (Art. 129, caput, CP), ou de que o uso de extrema violência justifica um incremento na pena-base do delito de estupro (art. 213, CP).⁸ A intensidade da lesão ao bem jurídico, por exemplo, deve ser avaliada, entre outras coisas, pelo meio concreto de agressão ao bem jurídico, isto é, pelo *meio de execução* do delito. Em regra, o legislador prevê, de modo abstrato, os pressupostos de incriminação em cada tipo penal e desvalora a lesão ao bem jurídico igualmente de forma abstrata, descrevendo a ação ou omissão típicas de maneira mais geral. Isso decorre da impossibilidade de detalhada previsão da intensidade da manifestação desses pressupostos no caso concreto. Outras vezes, o legislador indica o meio concreto de agressão, seguido por cláusula analógica legal, como no estelionato (art. 171 CP): “...mediante artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento”. Em outras, o legislador está em condições de ser ainda mais preciso, e, sem ainda formular formas qualificadas de realização do tipo – como faz no parágrafo único do art. 163 CP, o crime de dano –, indica expressamente meios de execução que oferecem ao magistrado *critérios gerais de orientação* no momento de determinação da pena. Esses meios de execução nem sempre estão no mesmo plano da *hierarquia normativa*, podendo ser mais ou menos graves. Ao fim, contudo, quem realmente está apto e destinado a dimensionar *in concreto* a lesão ao bem jurídico e a manifestação precisa das elementares do tipo é o magistrado no momento de aplicação da pena.

Não apenas a lesão ao bem jurídico e as elementares típicas são capazes de gradação e passíveis de consideração na aplicação da pena – sem violação do *ne bis in idem* –, mas também as categorias do delito, tal como desenvolvidas há séculos na teoria do fato punível. No plano do *injusto penal*, além das variações da culpa e do dolo, que expressam a magnitude do desvalor da ação da conduta,⁹ também as *causas de exclusão da antijuridicidade* podem ganhar relevância na fixação da pena. Em geral, essa argumentação deve servir apenas para atenuar a pena-base, já que a afirmação completa do elemento da teoria do delito é pressuposto da

⁸ Precisamente nesse sentido: BLOY, René. Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung. In: ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995), p. 579 s.

⁹ HÖRNLE, Tatjana, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat”. In: Frisch (Org.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, p. 115 ss.

imputação do delito. O fato de que, no caso concreto, apesar de não se reunirem todos os requisitos de uma causa de justificação, quase todos eles estarem presentes é algo que pode e deve ser considerado para atenuar a pena.¹⁰ É o caso, por exemplo, de situações próximas à real situação de *estado de necessidade* ou de *legítima defesa*,¹¹ ou ainda de casos de *consentimento* imperfeito da vítima.¹² Por exemplo, se a um paciente informa-se erroneamente a extensão de uma necessária amputação de perna, o consentimento é ineficaz, mas pode ser visto como um fator de diminuição do injusto da lesão corporal.¹³ Outro exemplo, relacionado ao estado de necessidade: A, para salvar um bem de sua propriedade de escassa importância, destrói um bem de B de maior importância. Embora a conduta de A não esteja justificada, segundo o art. 23, I, c/c art. 24, *caput*, CP, a causação do dano não é de todo arbitraria, e, por isso, essa circunstância próxima do estado de necessidade pode ser considerada relevante para a medição da pena.¹⁴

Ademais – e esse ponto nos interessa mais proximamente –, também a *culpabilidade em sentido estrito*¹⁵ é graduável e digna de consideração na fixação da sanção penal. Por exemplo, age com culpabilidade reduzida e, por isso, merece uma atenuação em sua pena, o agente que sofre uma

¹⁰ MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*, 3. ed. Duncker & Humblot: München–Leipzig, 1949, p. 499; HILLENKAMP, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*, O. Schwartz: Göttingen, 1981, p. 239 ss.; FRISCH, Wolfgang. *Straftatsystem und Strafzumessung: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung*, in: Wolter (org.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, p. 14; PERALTA, José. *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*. In: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008), p. 616–617; MEIER, op. cit, p. 167; CARVALHO, op. cit, p. 434.

¹¹ HÖRNLE, Tajana, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 287 ss.;

¹² HILLENKAMP, op. cit, p. 240 ff.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung...* op. cit, p. 285–286; PERALTA, *Doxa* 31 (2008), p. 617; MEIER, op. cit, p. 167.

¹³ HILLENKAMP, op. cit, S. 247.

¹⁴ Nessa hipótese específica, isto é, aliás, o que prescreve a lei: o art. 24, §2º, CP (“Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”). O mesmo exemplo, só que em referência ao CP espanhol, em: PERALTA, José. *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 131.

¹⁵ Sobre esse conceito, em contraposição à culpabilidade em sentido amplo ou culpabilidade da aplicação da pena de que falam os arts. 29 e 59, do CP, ver TEIXEIRA, op. cit...RBCC 106 (2014), p. 27 ss; *idem*, op. cit..., *Teoria da aplicação da pena*, p. 115 ss, 131 ss.

grande pressão ou é induzido a cometer o delito, mas não a ponto de configurar a coação irresistível referida no art. 22, do CP.¹⁶ Adequada também se mostra a diminuição de pena para o agente que atua em *erro de proibição evitável*, conforme determina o art. 21, caput, segunda frase, segunda parte, CP. Se o juiz, não querendo fazer uso dessa causa de diminuição (caso não se entenda que o “poderá diminuir” deve ser lido como “deverá”), pode e deve ao menos levar em conta a situação de erro na formação da pena-base, na vetorial culpabilidade do art. 59 CP. É um imperativo decorrente do princípio da igualdade – e, também, do princípio da culpabilidade – punir menos severamente aquele que não possuía plena consciência da ilicitude de seu ato, em situação de quase exculpação, do que aquele que a possuía¹⁷.

2.1.2. Consequências Extratípicas do Delito

A segunda questão trata da possibilidade de valoração de circunstâncias ou *consequências extratípicas do delito* na dosimetria da pena¹⁸. É certo que, conforme o art. 59, CP, deve o juiz considerar as consequências e as circunstâncias do delito para determinar a pena-base do condenado. No entanto, não é qualquer consequência ou circunstância que pode ser objeto de consideração na dosimetria da pena. Em respeito ao princípio da legalidade e da culpabilidade, é necessário que haja uma *conexão normativa*, ainda que mínima, com o *tipo penal por cuja realização o autor está sendo processado*. De um lado, o magistrado não pode avaliar novamente circunstâncias em abstrato já valoradas pelo legislador, mas de outro pode e deve levar em conta a intensidade da lesão ao bem jurídico e também a intensidade das elementares típicas que permitem gradação, sendo-lhe vedado inserir em sua avaliação outras circunstâncias que não guardem conexão com o delito praticado pelo acusado. Doutro modo, nega-se

¹⁶ Nesse sentido MEZGER, op. cit., p. 500; HÖRNLE, op. cit... Tatproportionale Strafzumessung, p. 320 ss; CARVALHO, op. cit... Penas, p. 434.

¹⁷ Em detalhes, ver os estudos de LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal. 2a ed., São Paulo, 2014, p. 105 e ss.; ver também *idem*, Existem deveres gerais de informação no Direito Penal?. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, n. 2 (2013), p. 215 e ss.; *idem*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, p. 688 e ss.

¹⁸ Sobre o assunto: TEIXEIRA, Adriano. Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: O exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena. In: Campos/Bedê Jr. (org.), Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade, Salvador: Podium, 2017, p. 23 ss.

vigência àquela máxima enunciada logo ao início deste parecer. Em relação às consequências do delito, por exemplo, exige a doutrina alemã que haja um nexo de causalidade e previsibilidade entre a ação típica e suas consequências, de forma aproximada ao que ocorre na teoria do delito quando se avalia a conexão entre conduta e resultado. Isso quer dizer que todo aumento da pena-base deve basear-se em circunstâncias que estejam na *esfera de controle do autor* do delito: assim como não se pode imputar o delito de homicídio ao sujeito que lesiona outrem que vem a falecer no transporte ao hospital em razão de acidente de trânsito¹⁹, não se pode aumentar a pena de um condenado por fatores que não guardem qualquer nexo de imputação com o delito pelo qual ele foi condenado. Além disso, parte respeitável da doutrina, liderada por Frisch, exige que as consequências do crime estejam compreendidas no *fim de proteção da norma* do respectivo tipo penal²⁰, um conhecido critério já amplamente desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva, sobretudo por Roxin²¹. Assim, o fato de um empresário entrar em desespero e suicidar-se após sofrer um avassalador estelionato²² não pode ser tomado em consideração na fixação da pena, pois o bem jurídico protegido pelo tipo penal do art. 171, CP, é apenas o patrimônio

¹⁹ GRECO, Luís. Uma panorama da teoria da imputação objetiva, 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014, p. 107 s.

²⁰ FRISCH, Wolfgang. Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat – Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, in: GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1972, p. 321, 333; *idem*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafrechtsdogmatik, in: ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 99, 1987, parte II, p. 751 ss (754); Bloy, op. cit., p. 585; HORN, Eckhard, in: WOLTER, Jürgen (Org.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Carl Heymanns: Colonia, 2001, § 46, Nm. 109; WOLTERS, Gereon, in: Comentário a BGH, Beschl. 25. 4. 2001 – 1 StR 143/01, StV – Strafverteidiger 2/2002, p. 77; JÄGER, Wege zu einer dogmatischen Behandlung des Strafzumessungsrechts, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Org.), Festschrift für Egon Müller, Nomos: Baden-Baden, 2008, p. 303; KINZIG, Jörg; STREE, Walter. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Org.). Strafgesetzbuch Kommentar. 29. Ed., 2014, C.H Beck: Munique, 2014, § 46 Nm. 26a; ESCHELBACH, op. cit., § 46 Nm. 105 (por força do princípio da legalidade) FISCHER, Thomas. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Ed., C.H Beck: Munique, 2017, § 46 Nm. 34.

²¹ ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil, band I, 4. Ed., Neck: München, 2006, p. 401 e ss., p. 417 e ss.

²² Exemplo (adaptado) retirado de SCHÄFER, Gerhard; SÄNDER, Günther; VAN GEMMEREN, Gerhard. Praxis der Strafzumessung, 5. Ed., C.H Beck: Munique, 2012, p. 167.

da vítima, e não a sua vida. O volume do dano patrimonial, contudo, pode e deve ser considerado. A jurisprudência brasileira recente não permaneceu alheia a essa exigência de respeito aos princípios da legalidade e da culpabilidade na aplicação da pena. Em recente decisão, nesse sentido, o *Superior Tribunal de Justiça* firmou a posição de que meras especulações sobre possíveis danos psicológicos sofridos pela vítima em decorrência de abusos sexuais não podem fundamentar a majoração da pena-base.²³ Esse filtro normativo no âmbito da aplicação da pena, derivado da já amplamente aceita teoria da imputação objetiva, conduz a uma outra conclusão fundamental: uma circunstância, por exemplo, que dependa do *comportamento autorresponsável de um terceiro*²⁴ – seja este vítima do delito ou não – não pode ser utilizada para aumentar a pena-base do autor. Doutro modo, haveria um *resquício de responsabilidade objetiva* no cômputo final da pena do autor, que já não guardaria mais relação com o injusto efetivamente praticado, o que violaria o princípio da culpabilidade. A forma mais arcaica – mas que sobreviveu entre nós até a edição do art. 19 CP em 1984 – dessa violação eram os crimes qualificados pelo resultado. Superado esse disparate, é preciso atentar para o fato de que toda e qualquer adição de pena deve guardar relação com a culpabilidade do sujeito, e é disso que se trata aqui. Além disso, o limite dessa conexão normativa entre fato típico e circunstâncias ou consequências delitivas se manifesta também na dimensão *temporal*. Fatos ocorridos após a realização típica permanecem, a princípio, fora da determinação da pena (ressalva feita a possíveis fatores aptos a *minorar* a pena, como a reparação do dano e a confissão²⁵), pois o substrato legítimo da determinação judicial da pena limita-se, como se disse, ao injusto culpável, compreendido temporalmente entre o início da execução e a consumação ou exaurimento do crime²⁶. São os chamados *pós-fatos*, que por vezes sequer guardam qualquer relação normativa com o delito praticado pelo autor.

²³ AgRg no AREsp 1005981/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017.

²⁴ Sobre a exclusão da imputação em casos de auto-colocação em perigo, ver, por todos, GRECO, op. cit, p. 70 ss.

²⁵ Com ulteriores referências SCHÄFER; SANDER; VAN GEMMEREN. Praxis der Strafzumessung, nm. 650 ss; sobre isso cf. TEIXEIRA, Aplicação da pena, p. 145, 152.

²⁶ ZACZYCK, Rainer. in: Neumann/Paffgen/Kindhäuser (org.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Ed., Tomo I, 2013, § 22 nm. 2.

Evidentemente, todas as considerações acima exigem um esclarecimento do bem jurídico protegido pelo art. 95, L. 8.666/93, sem o que qualquer argumentação permaneceria imperdoavelmente vaga.

2.2. Bem Jurídico Protegido pelo art. 95, caput, da Lei 8.666/93

Nas decisões judiciais do processo criminal em que o Consuente foi condenado, com lastro em parte da doutrina, afirmou-se, de forma um tanto generalista, que o *objeto de proteção* da norma penal do art. 95, caput, L. 8666/93 seria a regularidade do procedimento licitatório.²⁷ Esse ponto de vista, no entanto, não é inteiramente correto. Não se quer dizer aqui que a lisura do procedimento licitatório não deva ser objeto de proteção do direito penal. Esse é o caso, por exemplo, dos art. 94 (“Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”), art. 93 (“Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório”), mas não do art. 95, eis que o resultado da conduta nele descrita – o afastamento do certame – diferentemente das demais condutas citadas, constitui um direito do potencial licitante que acaba por se afastar e permanece, pois, dentro de sua zona de (auto)responsabilidade, ou seja, o transcurso do procedimento licitatório, de natureza pública, não é em si afetado por ingerência externa. Em outras palavras: desistir de participar de um certame é um direito – o mesmo não se pode dizer da devassa de um procedimento já em curso –, e o que é criminalizado é o afastamento de um licitante mediante determinadas condutas (violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem), o que ocorre em um *momento anterior*, entre atores privados. O que realmente se atinge com a conduta do tipo do art. 95 é, na verdade, o *caráter competitivo do futuro certame*, mais especificamente: a possibilidade de a Administração Pública gozar de mais e melhores ofertas que uma situação de concorrência oferece.²⁸ Essa é a opinião da doutrina dominante a respeito do delito análogo previsto no código penal alemão

²⁷ Cf. COSTA JR, Paulo José da. Direito Penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8666, de 21.6.1993. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 46; GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da lei de licitações. 2ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007, p. 110.

²⁸ GRECO FILHO, op. cit., p. 110, também reconhece isso como objeto de tutela do crime do art. 95, ao lado, porém, da regularidade do procedimento licitatório.

(§ 298 StGB)²⁹, e é também a opinião que, por vias transversas, acaba sendo defendida na doutrina brasileira³⁰. Nas decisões do presente processo criminal, mesmo quando se fala em lisura do certame, não se consegue fugir da obviedade de que essa lisura visa precisamente à garantia de uma livre concorrência que conduza a uma melhor contratação – e as citações referidas nas decisões escancaram esse fato. Atingidos são igualmente, *em graus e formas diferentes conforme a modalidade típica* (sobre isso, mais adiante C. II. 1.), os *potenciais licitantes afastados* do certame.

Portanto, o art. 95, caput, da Lei 8666/1993, ostenta um *objeto de proteção duplo*: um *bem jurídico coletivo* – a concorrência ou o caráter competitivo do certame – e um *bem jurídico individual* – a liberdade econômica ou concorrencial dos potenciais licitantes, que é afetada sobretudo nos casos de violência, grave ameaça e fraude. Na interpretação do tipo penal e, mais especificamente, na aplicação da pena, ambos os bens jurídicos tutelados pela norma devem ser levados em consideração. A intensidade da lesão a esse duplo bem jurídico é, a um só tempo, necessário objeto da análise do magistrado e também o limite de sua atuação: o que escapar da órbita desse duplo bem jurídico não pode ser objeto de valoração.

2.3. Resumo das Premissas Teóricas

De tudo quanto foi dito, podem ser extraídas algumas *premissas teóricas* que deverão guiar a análise do caso:

1. Em *primeiro* lugar, a vigência dos princípios da legalidade e da culpabilidade na aplicação judicial da pena conduz à proibição de valoração de circunstâncias abstratas já valoradas pelo legislador, o chamado *ne bis in idem*. Daqui não decorre – ao contrário, passa a ser determinante – que a intensidade da lesão ao bem jurídico, expressa sobretudo na hierarquia valorativa dos meios de execução do delito, não deva ser avaliada pelo magistrado. O magistrado pode aumentar a pena-base caso a lesão ao bem jurídico se manifeste de forma especialmente intensa. O fundamental é que, caso o legislador tenha já no

²⁹ Com ulteriores referências Grützner, Thomas, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, p. 414 ss.; HEINE, Günter; EISELE, Jörg. In: Schönke/Schröder (org.), Strafgesetzbuch Kommentar, § 298 nm. 1.; MOMSEN, Carsten; LAUDIEN, Sebastian. In: Beckische Online-Kommentar StGB, § 298 nm. 3.

³⁰ COSTA JR., op. cit., p. 46; GRECO FILHO, op. cit., p. 110.

plano da tipicidade estabelecido qualquer sorte de hierarquia valorativa entre os meios de execução, esta seja respeitada e levada em consideração pelo magistrado – como se verá, é precisamente o caso do art. 95, L. 8.666/93.

2. Em *segundo* lugar, todas as circunstâncias desfavoráveis ao sujeito devem guardar conexão normativa com o delito praticado, sendo vedado ao magistrado desvalorar consequências extratípicas do delito, sobretudo aquelas que estão fora da esfera de controle do autor e as que ocorrem após a consumação do delito, os pós-fatos impuníveis.
3. Em *terceiro* lugar, para realizar plenamente as decorrências dos princípios da legalidade e da culpabilidade acima descritas, toda argumentação utilizada para aumentar a pena-base deve estar no raio de atuação do (duplo) bem jurídico que o delito do art. 95, L. 8.666/93 visa a proteger.

3. Aplicação das premissas teóricas ao caso concreto

3.1. Os Argumentos que Justificam o Aumento da Pena-Base

Objeto deste parecer é a legalidade do aumento da pena-base do Consulente, condenado pela prática do crime previsto no art. 95, caput, L. 8666/1993, sobretudo com base no *argumento central e determinante* (abaixo 3., 3.2.), mantido na decisão do Recurso Especial, segundo o qual a formalização em cártula de avença, garantida por nota promissória, que visava ao afastamento de outro licitante, tornaria a conduta mais reprovável³¹. Em outras palavras, essa *circunstância* deveria ser considerada como *vetorial desfavorável* na análise da pena-base do Consulente, nos termos do art. 59 CP, de modo que o aumento de 2 meses acima do mínimo legal de 2 anos estaria justificado. Além disso, como *argumentos adicionais* (abaixo 3., 3.2), sustenta-se que a movimentação posterior do Poder Judiciário em razão do protesto da cártula e o anormal desprezo à legalidade e às instituições responsáveis pelo sistema de crédito seriam circunstâncias desfavoráveis ao condenado. No entanto, essa argumen-

³¹ O argumento inicialmente existente na Sentença e mantido em sede de Apelação Criminal de que o efetivo afastamento do concorrente, decorrente do oferecimento de vantagem, seria igualmente uma circunstância desfavorável parece ter sido abandonado a partir da decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade e não aparece na decisão do Recurso Especial.

tação, além de não levar suficientemente em conta a estrutura do tipo em questão, não convence por violar os princípios básicos da aplicação da pena acima mencionados. Os *contra-argumentos* são de grande simplicidade e de inegável força, e podem ser adiantados: diante da gradação das modalidades típicas escolhidas pelo legislador no art. 95, L. 8.666/93 (violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem de qualquer tipo), o oferecimento de vantagem revela-se o modo estruturalmente menos grave de realização do tipo (abaixo 3, 3.2, 3.2.1); ademais, dentro da modalidade “oferecimento de vantagem” ou “corrupção”, a formalização do ajuste entre os licitantes, seguida de protesto judicial da cártula, não extrapola o normal ou usual normativo desse tipo de conduta; ao contrário, há, no caso, uma situação de quase exculpação, que indica uma avaliação favorável ao condenado (abaixo 3., 3.2, 3.2.2); a movimentação do Poder Judiciário em razão do protesto da cártula e da cautelar de sustação são escancaradamente pós-fatos impuníveis e, por fim, a consideração de que o desprezo à legalidade ou às instituições responsáveis pelo sistema de crédito revelar-se-ia como circunstância desfavorável não guarda qualquer conexão delitativa com o crime que visa a tutelar o certame licitatório (abaixo 3., 4.).

Começaremos pelo *argumento central* e seus desdobramentos.

3.2. Argumento Central: A Formalização, Garantida por Nota Promissória, do Oferecimento de Vantagem para Afastar Licitante como Circunstância Desfavorável Ao Condenado

3.2.1. Gradação dos Meios De Execução do Delito: Oferecimento de Vantagem como Meio de Execução Estruturalmente Menos Grave

O legislador decidiu criminalizar quatro formas de (procurar) afastar um potencial licitante: por meio de *violência, grave ameaça, fraude* ou *oferecimento de vantagem de qualquer tipo*. Essas modalidades típicas expressam o *desvalor de ação* do crime do art. 95, caput, da Lei 8666/1993. Ao enunciar os meios de execução, o legislador estabeleceu já no plano do tipo uma determinação mais precisa desse desvalor de ação, sem, no entanto, estipular formas qualificadas de realização do tipo. Afinal, não seria difícil imaginar que o legislador se contentasse em descrever o verbo típico “afastar” ou “procurar afastar”, sem enunciar os meios de execução. Um primeiro olhar revela que o legislador, em louvável homenagem ao mandamento da taxatividade, buscou uma descrição mais concreta da

conduta proibida. Contudo, sem muito esforço igualmente percebe-se que *essas formas de realização do tipo são qualitativa e normativamente distintas*. Essas diferenças qualitativas e normativas devem ser levadas em consideração pelo magistrado no momento de determinação da pena.

Viu-se que, ao lado do caráter competitivo da licitação, um dos bem jurídicos protegidos pela norma penal em questão é a liberdade econômica ou concorrencial do potencial licitante, que é afastado ou que se busca afastar. Essa liberdade, por sua vez, é afetada de modo distinto por cada uma das modalidades inscritas no tipo penal. Provavelmente de forma consciente, o legislador *escalonou as formas de realização do delito de maneira decrescente*, de modo que a violência é claramente a forma mais grave de se ferir a liberdade de competir e o oferecimento de vantagem evidentemente, a menos grave. Essa é a razão pela qual o legislador, ao estipular o marco penal previsto no tipo penal, ressaltou a punição adicional decorrente do uso de violência: “Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, *além da pena correspondente à violência*”. Afinal, a violência é um injusto autônomo em qualquer contexto. O oferecimento de vantagem, não (abaixo 3., 3.2., 3.2.2, b). Pode-se até discutir que não há diferença substancial entre violência, grave ameaça e fraude, mas indubitavelmente, *do ponto de vista da vítima individual*, a corrupção – o oferecimento de vantagem – é o meio de execução delitiva mais brando, e por algumas razões.

A diferença fundamental é que a “vítima” não tem sua esfera de liberdade propriamente invadida, pois a decisão de aceitar a vantagem e se afastar do certame ainda permanece dentro da *zona de autorresponsabilidade* – no caso, houve mesmo avença, negócio jurídico, expressão maior de um encontro de vontades, admitida nas decisões judiciais existentes no processo criminal que condenou o Consulente. A modalidade típica do oferecimento de vantagem é tão especial – e tão irrelevante para o bem jurídico individual do potencial licitante – que o legislador, no parágrafo único do art. 95 da Lei 8.666/1993, incrimina, com a mesma pena do *caput*, aquele que “se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”. Nessa hipótese, o potencial licitante não é vítima, senão *autor do crime*. Apenas sujeitos autorresponsáveis podem ser autores de crimes. Não ocorreu ao legislador, como não poderia deixar de ser, prever a punição do licitante afastado mediante atos de violência ou por meio de fraude. A rigor, violência, grave ameaça ou fraude são precisamente formas de atuação que fundamentam a autoria mediata, tornando o outro sujeito um *instrumento*, enquanto que o oferecimento

de vantagem fundamenta apenas uma forma de participação em sentido estrito, a saber, a instigação³². Dessa forma, *o próprio legislador reconheceu a diferença qualitativa entre os meios de execução enunciados*.

O direito positivo fornece ainda uma outra indicação da sensível diferença entre os meios de execução do delito em questão, sobretudo no que tange à gravidade dos meios violência ou grave ameaça. A pena privativa de liberdade imposta ao Consulente foi substituída por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, CP. Ocorre que um dos requisitos negativos para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos é, conforme o art. 44, I, CP, que o crime não seja “cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”. Ou seja, o legislador da Parte Geral reconhece e confere efeitos práticos à distinta gravidade dos meios executórios que envolvem violência ou grave ameaça: são meios estruturalmente mais graves. *Igualar o oferecimento de vantagem a esses meios contraria não só o senso comum jurídico, mas já o direito positivo brasileiro*.

Tudo isso quer dizer que, na modalidade típica “oferecimento de vantagem”, apenas o bem jurídico coletivo “concorrência” – ou, caso assim se queira, “lisura do certame” – é atingido. O bem jurídico da liberdade econômica ou concorrencial do outro licitante permanece intacto, sobretudo em casos em que o acordo de vontade se revela de maneira clara, como é caso. Aqui há uma lesão menos intensa do duplo bem jurídico do crime do art. 95, L. 8.666/93. *O injusto, portanto, daquele que afasta ou procura afastar licitante por meio de violência, grave ameaça ou fraude, é estruturalmente maior que o injusto daquele que persegue o mesmo objetivo através do oferecimento de vantagem*. Essa discrepância tem de ser forçosamente levada em consideração na dosimetria da pena. Afinal, para dizê-lo de maneira simples, o afastamento de licitante por meio de métodos de tortura é certamente sempre mais grave do que o ajuste realizado a partir do oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Como é possível haver casos de afastamento do certame cometidos por violência cuja pena-base aplicada permanece no mínimo legal, o magistrado deve sempre avaliar com cuidado qualquer aumento da pena-base para casos de oferecimento de vantagem, em que o outro licitante atua autorresponsavelmente, sem ter a sua esfera individual invadida.

³² A esse respeito, em detalhes, ver GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*, Marcial Pons: São Paulo/Madri/Barcelona/Buenos Aires, 2014, sobretudo p. 25 e ss, p. 58 e ss., p. 65 e ss.

Dessa argumentação pode-se extrair uma relevante conclusão: *qualquer aumento da pena-base em caso de oferecimento de vantagem deve se basear em circunstâncias que se revelem graves ao ponto de justificar uma certa equiparação com os outros meios de execução estruturalmente mais graves*. O afastamento de licitante por meio de violência, ainda que leve, é *ceteris paribus* e estruturalmente mais grave que o que ocorre por meio de oferecimento de vantagem. Concretamente: o magistrado que aumentar a pena-base do afastamento de licitante por meio de oferecimento de vantagem deve estar disposto a dizer que este caso pode ser equiparável a um caso de afastamento por meio de violência, ainda que leve. Doutro modo, nega-se vigência à *hierarquia valorativa da própria ordem jurídica brasileira*. As circunstâncias do oferecimento da vantagem devem ser de tal maneira graves que operem uma *compensação da ausência de lesão ao bem jurídico individual*, sempre *eo ipso* lesionado quando o crime é cometido por violência, grave ameaça ou fraude. A verificação da intensidade da presença das elementares típicas – no caso, dos meios de execução enunciados –, não é vedada ao magistrado, como se viu (acima 2., 2.1, 2.1.1.). Mais do que isso, essa análise constitui o relicário do penoso mister judicial. O fundamental é que essa análise respeite os critérios de orientação oferecidos pelo legislador.

Nesse caso, é possível formular a seguinte regra: *o oferecimento de vantagem de qualquer tipo tende, como ponto de partida, à permanência no mínimo legal*, a não ser que o caso apresente circunstâncias tão anormais que justifiquem um aumento de pena-base. Esse aumento, de todo modo, deve respeitar o *ne bis in idem* e a proibição de valoração de consequências extratípicas que não estejam compreendidas no fim de proteção da norma do respectivo tipo penal (acima 2., 2.1, 2.1.1. e 2.1.2).

3.2.2. Formalização da Vantagem como Fator que Extrapola o Usual ou o Normal do Delito?

Como visto, o argumento utilizado para o aumento da pena-base do Consulente baseia-se na inferência de que o *modo de execução do delito, a formalização em avença garantida por nota promissória, extrapolou o usual ou o normal deste crime*. Na decisão de Apelação Criminal lê-se: “Com efeito, os fatos ora em análise *destoam*, consideravelmente, do que se observa nos crimes da mesma espécie, merecendo maior reprimenda, tendo em vista que não só houve o oferecimento de vantagem indevida, como foi formalizada em contrato e garantida por título de crédito” (p. 26; grifa-

mos). Na decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade pode-se ler que se estaria diante de um “*anormal* trato à legalidade e às instituições responsáveis pela defesa do crédito” (p. 1; grifamos). Antes de analisar a validade material do argumento (abaixo b), deve-se definir o que, no âmbito da aplicação da pena, se entende por “usual” ou “normal” e qual sua importância para a construção da sanção penal (abaixo a).

a) O “Caso Normal” do Delito

Constitui um *corolário da proibição de dupla valoração* que circunstâncias do fato delitivo que constituem o caso-regra ou o caso normal daquele delito (“Regeltatbild” ou “Normalfall”) não podem ser evocadas para majorar a pena, pois já foram pensadas e “usadas” pelo legislador quando estabeleceu a incriminação e a pena nos limites do marco penal. Assim se posiciona de forma majoritária jurisprudência e doutrina alemãs, desde o Tribunal do Império (Reichsgericht).³³ Circunstâncias concretas do delito que comumente se apresentam na prática e representam, assim, o caso normal do respectivo crime, não podem ser utilizadas para majorar a pena.³⁴ Logo, para fundamentar uma exasperação de pena é necessário que se indique que o caso em questão extrapole o usual – imaginado pelo legislador ao confeccionar o tipo – inerente àquele delito. O caso deve ser *anormal*, não apenas no sentido de destoar, mas de destoar de maneira a intensificar a lesão ao bem jurídico ou o desvalor de ação. Deve ser *anormal em sentido negativo*. Por exemplo, o Tribunal Federal da Alemanha – o Bundesgerichtshof (BGH), equivalente ao nosso STJ – declarou ser inaceitável que se considere, no crime de roubo, o temor causado na vítima como fator de majoração da pena.³⁵ O próprio BGH e a literatura reconhecem ser quase impossível determinar positivamente qual é o “caso normal” de um determinado delito, de modo que o essencial é buscar, negativamente, o que destoa sensivelmente da regra.

³³ RGSt 70, p. 292; BGH StV 1987, p. 62; BGH StV 1994, p. 370; BGH StV 1998, p. 656; BGH StV 1998, p. 657; TIMPE, op. cit., p. 54 ss; FRISCH, Wolfgang. Über die “Bewertungsrichtung” von Strafzumessungstatsachen: Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht, in: GA 1989, p. 361; HETTINGER, op. cit., p. 159; NEUMANN, Ulfrid. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.8.1990 . I StR 62/90, in: StV 1991, p. 257; STRENG, Franz. Strafrechtliche Sanktionen, 3. Ed., 2012, nm. 705.

³⁴ FRISCH, op. cit..GA 1989, p. 361.

³⁵ BGH StV 1982, p. 70 s; BGH NJW 1990, p. 2570; BGH StV 1997, p. 520; BGH StV 1998, p. 656, mais referências em STRENG, op. cit., nm. 706.

Seria possível falar em duas formas de caso normal: o *empírico ou estatístico* e o *normativo*. Utilizar o chamado “*caso normal empírico ou estatístico*”³⁶, ou seja, aquele que ocorre com mais frequência na prática, mostra-se não só irrealizável diante de sua difícil constatação³⁷, mas também indesejável: imagine-se, que em uma determinada cidade, casos mais violentos de estupro, com mutilação da vítima, fazem parte do dia-a-dia forense; um estupro com extrema violência não pode ser considerada o “caso normal” do tipo penal correspondente. Desse modo o uso exagerado de violência não poderia ser considerado na dosimetria da pena.³⁸ Por outro lado, igualmente difícil é determinar o “*caso normal normativo*”, ou seja, aquele que o legislador tinha em mente ao elaborar o tipo e o marco penal deste, pois o tipo é naturalmente aberto e comporta mais diversas formas de realizações típicas, as quais dificilmente se podem prever na vida real.³⁹ De toda sorte, embora de difícil concretização, o magistrado, ao minorar ou majorar a pena, caso a caso, tem de mostrar que os fatos ou as circunstâncias tomadas em consideração ficam aquém ou extrapolam o “caso normal normativo” *do tipo penal em questão*.⁴⁰ Isso quer dizer que o desvio do caso normal tem de ser verificado à luz das *valorações normativas já realizadas pelo legislador*. O trabalho deste é complementado pelo magistrado quando do inevitável confronto do caso concreto.⁴¹ Como ressalta *Neumann*, o “caso normal normativo” não é capaz de gerar um valor numérico que corresponda em termos de tamanho da sanção, mas fornece ao juiz um ponto de apoio para a valoração das particularidades do caso concreto no plano

³⁶ Favoralmente a esse método MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Ed, 2009, p. 209.

³⁷ HETTINGER, op. cit., p. 149; FRISCH, op. cit..GA 1989, p. 352.

³⁸ Criticamente ao „caso normal estatístico“ HETTINGER, op. cit, p. 149 ss.; FRISCH, Wolfgang. *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II)*, in: ZStW 99 (1987), , p. 791 ss; *idem*, in: GA 1989, p. 352 ss.

³⁹ Nesse sentido: MONTENBRUCK, Axel. *Strafrahmen und Strafzumessung*, 1983, p. 34; HETTINGER, Michael, *Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbot und zum Begriff des “normalen Erscheinungsbild”*, in: GA 1993, p. 14 ss; MEIER, op. cit, p. 205, 209; STRENG, op. cit., nm 709 ss.

⁴⁰ Assim, FRISCH, op. cit...GA 1989, p. 361; NEUMANN, op. cit., 1991, p. 258 s; HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 18.

⁴¹ Sobre a divisão de trabalho entre legislador e juiz no âmbito da aplicação da pena cf. TIMPE, op. cit., p. 32 ss.

da fixação da pena.⁴² Com efeito, sem uma base de comparação, não é possível falar em atenuação ou majoração da pena.⁴³ Voltando ao caso objeto deste parecer, é preciso verificar, portanto, se a formalização do oferecimento de vantagem e a garantia da avença em nota promissória, desde um ponto de vista *normativo*, revelam-se um caso anormal mais grave de realização típica do art. 95, caput, da Lei 8.666/1993.

b) Formalização da Vantagem como *Caso Anormal Normativo*?

A maior ou menor reprovabilidade de um meio de execução de um crime tem de ser analisada à luz do bem jurídico protegido e também a partir das decisões previamente tomadas pelo legislador.⁴⁴ A incerteza quanto a definição do bem jurídico, ou a confortável hipostasiação de uma grandeza abstrata – “normal funcionamento da Administração” – possuem o efeito de autorizar a valoração negativa de uma série de circunstâncias que não guardam conexão com o delito específico, violando os princípios basilares da legalidade e da culpabilidade: a regularidade do procedimento licitatório, por exemplo, é garantida pela L. 8.666/93 *como um todo*. A especificação de injustos relacionados à licitação é corolário do mandamento de taxatividade que decorre do princípio da legalidade. Diante disso, tendo em vista que o bem jurídico protegido é a concorrência – com o que implicitamente concordam mesmo aqueles que negam ser esse o bem jurídico (ver acima 2., 2.2) –, é de se duvidar que a formalização da entrega da vantagem o afete em menor ou maior grau. O que poderia, sim, ser levado em conta é o valor exorbitante da vantagem oferecida ou a situação de extrema fragilidade do outro licitante – algo próximo à usura –, eis que quanto maior a vantagem, maior o risco que o agente passivo venha efetivamente se corromper e, com isso, afastar-se da licitação, diminuindo o número de concorrentes à disposição da Administração Pública. De todo modo, esse valor deve ser alto a ponto de negar a liberdade de vontade daquele que recebe a oferta, de maneira a que se possa equiparar esse caso com os casos de violência, grave ameaça ou fraude, em que a liberdade do outro licitante é *eo ipso* negada.

⁴² NEUMANN, op. cit., p. 259.

⁴³ HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 15.

⁴⁴ Assim TIMPE, op. cit., p. 60; nesse sentido também HETTINGER, op. cit...GA 1993, p. 26.

Nesse caso, o fundamental é levar em conta a gradação entre os meios de execução, acima mencionada (ver 2., 2.2). O meio de execução do crime do art. 95, da Lei de Licitações, no presente caso é o oferecimento de vantagem, ou seja, a *corrupção*. A corrupção é criminalizada a depender do contexto em que ocorre: Não há um delito de mero oferecimento de vantagem a outro sujeito.⁴⁵ Por exemplo, a corrupção praticada por um funcionário público, em razão de sua função, é um injusto penal em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo. A corrupção praticada, no entanto, em ambiente exclusivamente privado, por exemplo, entre representantes ou funcionários de uma empresa (ex: o diretor de uma empresa fornecedora se dirige ao gerente de compras de uma outra empresa e oferece-lhe uma porcentagem do valor do contrato caso o gerente opte por comprar o produto desse fornecedor) não constitui um crime no ordenamento jurídico brasileiro, embora vários países europeus, como a Alemanha desde 1909, já conheçam o delito de corrupção privada, atualmente previsto no § 299 StGB.

A corrupção sempre envolve, no mínimo, três atores: um agente, um principal e um cliente. O agente é corrompido pelo cliente, contrariando os interesses do principal pelos quais deveria zelar.⁴⁶ Assim, os efeitos nocivos da corrupção dependerão do contexto em que ocorre e de quais interesses estão em jogo. Na corrupção pública, os interesses afetados são da Administração e da população em geral (os principais) que se fazem representar e depositam confiança no trabalho do funcionário público (o agente). Como visto, na hipótese do art. 95, L. 8.666/93, o concorrente ao qual é oferecida a vantagem não é agente de ninguém, ou seja, a princípio ele representa e defende apenas os próprios interesses.

⁴⁵ VOLK, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung. In: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, p. 428; KINDHÄUSER, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, in: ZIS 2011, p. 468.

⁴⁶ PHILIPS, Michael. Bribery. In: Ethics, Vol. 94, No. 4, 1984, p. 624; GROENENDIJK, Nico. A principal-agent model of corruption. In: Crime, Law & Social Change 27 (1997), p. 210, 218; MEYER, Olaf. Combating Corruption by Means of Private Law – The German Experience. In: MEYER (Hrsg.). The Civil Law Consequences of Corruption, 2009, p. 152; KINDHÄUSER, op. cit., p. 463; SALIGER, Frank. Das Unrecht der Korruption. In: ALBRECHT; NEUMANN; KIRSCH; SINNER (Hrsg.). Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, p. 498; com ulteriores referências TEIXEIRA, Adriano. Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr. 2018, p. 85 ss.

Viu-se também que, nessa hipótese, o que é potencialmente afetado pelo ato de corrupção é o caráter competitivo do futuro certame licitatório, que não mais contará com o maior número de propostas. Aqui, exceto, como já se mencionou, pelo altíssimo valor da vantagem como índice de um maior ou menor risco de corrupção, ou em face de situação próxima à usura, a forma da tratativa ou do ajuste pouco importa para a análise da intensidade da lesão ao bem jurídico protegido pelo art. 95, caput, da Lei de Licitações: o caráter competitivo do certame não é afetado pela *forma* como se combinou o modo de entrega da vantagem, mas pela própria oferta. Ainda que se queira dizer, como preferem alguns autores, que o que está em jogo é a regularidade do procedimento licitatório, ter-se-ia que concluir da mesma maneira: essa regularidade não é afetada pela *forma* – se telefônica, se via email, se pessoalmente – do oferecimento da vantagem.

A partir do que foi dito acima (3., 3.2, 3.2.1), não parece ser possível dizer que o ajuste formalizado em negócio jurídico, garantido por nota promissória, esteja no mesmo plano dos outros meios de execução do delito (violência, grave ameaça ou fraude), de modo que *a tendência à permanência no mínimo legal do afastamento de licitante por meio de oferecimento de vantagem deve ser aqui confirmada*: não há nada que indique, em sentido negativo, que se está diante de um *caso anormal normativo* de afastamento de licitante. Ou seria esse caso mais grave do que o afastamento por meio de um caso normal cometido por violência, como por exemplo o afastamento por meio de seguidos de agressões físicas e ameaças graves?

c) Formalização da Vantagem como Caso *Anormal Empírico*?

Todavia, deixando de lado esse fundamental aspecto *normativo*, também do ponto de vista *empírico*, não se pode dizer que a formalização em cartula da vantagem representa um meio de execução especial da corrupção do art. 95. Pois, mesmo em comparação com outros casos, a formalização do contrato não torna a ação mais grave, eis que modos muito mais sofisticados de corrupção fazem parte do dia-a-dia forense, como o uso de empresas fantasmas, laranjas, contratos simulados etc. *A rigor, é o grau de sofisticação – e não a ingenuidade – do estratagema que em regra serve como circunstância desfavorável ao condenado, no sentido do art. 59 CP.*

Essa posição é confirmada por decisões do *Supremo Tribunal Federal*. Emblemático nesse sentido é o caso que foi objeto da Ação Penal 470/MG STF, nacionalmente conhecido sob o epíteto de “Mensalão”.

Repare-se que nos seguintes trechos extraídos da inabarcável sentença a real sofisticação dos meios de execução da corrupção serviu como fundamento para a elevação da pena-base dos réus desse processo: “Conspurcou certos símbolos do poder político, ao utilizar o gabinete da Casa Civil da Presidência da República, no Palácio do Planalto, para manter reuniões com os operadores do esquema criminoso e também com outros corréus, valendo-se, assim, da segurança de conversas reservadas e clandestinas que só vieram a público em razão das declarações do corréu ROBERTO JEFFERSON, que deu notícia da existência de mais de uma dezena de visitas de MARCOS VALÉRIO à Casa Civil no período dos fatos. Além disso, JOSÉ DIRCEU também se utilizou da estrutura empresarial oferecida pelos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ, RAMON HOLLERBACH e ROGÉRIO TOLENTINO, de modo profissional, reiterado, rotineiro, duradouro, para que os pagamentos a parlamentares pudessem ser realizados de maneira camuflada e com extrema eficiência, especialmente às vésperas de importantes votações, como as reformas Tributária, Previdenciária e outros projetos citados ao longo deste voto” (STF-fl. 57908); “No caso, o acusado recebeu repasses vultosos, sob o manto dos contratos assinados por sua empresa, simulando a prestação dos serviços” (STF-fl. 57940); “No caso, MARCOS VALÉRIO utilizou-se de sua estrutura empresarial para funcionar como grande central de distribuição de recursos em espécie para Deputados Federais, logrando distribuir, com eficiência, recursos milionários aos parlamentares. Vale salientar que os pagamentos, em relação a cada crime de corrupção ativa, foram efetuados ao longo dos anos de 2003, 2004 e 2005. No ano de 2005, o acusado ROBERTO JEFFERSON afirmou que pediu a JOSÉ DIRCEU o cumprimento do acordo pelo qual, em 2004, os réus acertaram pagamentos no montante de R\$ 20 milhões, cuja primeira parcela foi entregue por MARCOS VALÉRIO em 2004, no valor de R\$ 4 milhões. Para dar cumprimento a esse acordo, foi realizada a viagem dos corréus MARCOS VALÉRIO, EMERSON PALMIERI e ROGÉRIO TOLENTINO a Portugal, realizada em janeiro de 2005. Isso para ficar em apenas um dos casos. Cuida-se de circunstâncias graves e que também conduzem à elevação da pena-base a patamar superior ao mínimo legal” (STF-fl. 57947-48).

Da mesma forma pode-se ler no HC 117719/RN, julgado igualmente pelo *Supremo Tribunal Federal*, o trecho do voto do Min. Teori Zavascky, p. 3: “Vê-se, pois, que não há nenhum vício apto a justificar

o redimensionamento da pena-base fixada na sentença condenatória. São idôneos os fundamentos que consideraram elevada a *culpabilidade* do paciente, especialmente porque evidenciam que ele, justamente por possuir amplo discernimento sobre a ilicitude dos atos praticados, considerados, ainda, seu nível de instrução intelectual e sua condição social, orientava seus comparsas a agirem de forma rápida para não serem flagrados pela polícia, o que revela uma maior audácia; *a existência de um “sofisticado esquema montado para a prática dos ilícitos” e o fato de as “doações” serem entregues em datas próximas às eleições, como forma de garantir um maior número de votos, igualmente, são circunstâncias do crime que justificam a exasperação da pena-base*” (grifamos).

A sofisticação dos meios de corrupção é promovida comumente, portanto, no sentido da *ocultação* da transação. No caso dos autos, trata-se exatamente do oposto. A formalização em cártula e o posterior protesto tornam pública e transparente a transação e revelam, antes, *uma certa ingenuidade da ação criminosa, muito próxima das situações em que o sujeito não possui a certeza da proibição de sua conduta, ou seja, de erro de proibição evitável*. Quem, afinal, ingressaria em juízo para litigar em torno de uma nota promissória que, a rigor, funda-se em crime⁴⁷? Difícil imaginar sujeitos dispostos a levar à justiça a prova da autoria de materialidade de um crime por eles próprios cometidos. Como já afirmado, além da intensidade da lesão ao bem jurídico, também as categorias da teoria do delito são graduáveis e podem ser valoradas em favor ou em desfavor do condenado (ver acima 2., 2.1, 2.1.1). As situações de quase exculpação, por exemplo, sinalizam uma diminuição da reprovabilidade, ou seja, uma diminuição da pena-base. Elas indicam uma espécie de *caso anormal positivo*.

Diante disso, pode-se chegar a duas conclusões: *também a partir do ponto de vista empírico, ou a formalização da vantagem não representa qualquer incremento no injusto do delito de afastamento de licitante ou indica um fator redutor da culpabilidade e, por consequência, da pena*. Isso foi corretamente

⁴⁷ Note-se que, nesse caso, a nota promissória sequer circulou, de modo que permaneceu vinculada a uma avença com objeto ilícito, não perfazendo verdadeira “garantia”; ver ULHÔA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial. Vol. 1, 9 ed., 2005, Saraiva: São Paulo, p. 377: “Pelo subprincípio da abstração, o título de crédito, quando posto em circulação, se desvincula da relação fundamental que lhe deu origem. Note-se que a abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Entre os sujeitos que participaram do negócio originário, o título não se considera desvinculado deste”.

percebido pelo Des. Federal, revisor da Apelação Criminal do processo em análise, cujas considerações merecem ser reproduzidas: “O fato, na minha concepção, Sr. Presidente, aqui com a vênia devida, de ter sido formalizada em contrato e garantida por título de crédito não indicaria uma vetorial negativa porque exatamente por ter sido formalizada em contrato e garantida por título de crédito e o título de crédito ter sido trazido em execução e por decorrência ao conhecimento público é que se dá a descoberta da própria infração penal, isso então não seria uma circunstância negativa, muito ao contrário, com a vênia devida” (Apelação, p. 34).

4. Argumentos adicionais: “Movimentação da justiça” em razão ao protesto da cártula e cautelar de sustação do protesto e “prejuízo ao sistema de crédito” como circunstância extratípica do delito

Os argumentos adicionais, inicialmente constantes da decisão dos Embargos Infringentes e de Nulidade, e aparentemente mantidos na decisão do Recurso Especial para majorar a pena-base repousam, além de na formalização da vantagem em si, na *indevida movimentação da Justiça promovida pelos licitantes*, o que teria, ademais, causado “*prejuízo ao sistema de crédito*”. Esses argumentos não podem justificar qualquer elevação da pena-base, por duas razões, para não mencionar o fato de que tal movimentação da Justiça é que proporcionou a notícia do cometimento do crime, em confortável lance de autoincriminação: o litígio judicial para cobrança da nota promissória, cujo impulso inicial foi dado não pelo Consulente, mas pelo outro licitante, é mero *pós-fato* (abaixo I); além disso, trata-se evidentemente de uma *circunstância extratípica, completamente alheia ao tipo penal do art. 95, Lei 8.666/1993* (abaixo II), nos termos das premissas teóricas assentadas ao início deste parecer (acima 2., 2.1, 2.1.1. e 2.1.2.).

- I. O delito do art. 95 *consuma-se* já com a oferta da vantagem, ou seja, não é nem sequer necessário o efetivo afastamento do potencial licitante⁴⁸. No caso em questão, contudo, o concorrente de fato se afastou. No momento em que ele se afastou, logo, o crime *exauriu-se*. O protesto da cártula ocorreu em momento muito posterior ao iter criminis, após a *consumação*

⁴⁸ GRECO FILHO, op. cit., p. 111.

e mesmo ao *exaurimento* do crime⁴⁹. Ignora-se, assim, que há uma dimensão temporal que opera como limitadora na aplicação da pena (acima 2., 2.1, 2.1.2). Tem-se aqui um exemplo límpido e incontroverso do que se conhece por mero *pós-fato*⁵⁰, como foi corretamente reconhecido pelo relator Des. Federal no julgamento dos Embargos Infringentes.

- II. Ainda, o protesto da cártula e a conseqüente movimentação da Justiça não guardam qualquer *relação normativa* com o tipo penal do art. 95, que não quer proteger a Administração da Justiça. Pode-se até dizer que movimentar a Justiça desnecessariamente ou por motivos escusos constitui uma imoralidade ou até, reunidos requisitos, uma ilicitude. Há delitos que protegem a Administração da Justiça. No entanto, esse fato não possui qualquer ponto de contato com o *fim de proteção da norma* do delito pelo qual o Consulente está sendo processado. Não se pode puni-lo em virtude de uma indesejável movimentação da Justiça por via transversa, qual seja, por meio da majoração da pena do crime do art. 95, caput, da L. 8666/93. O protesto da cártula constitui, portanto, além de um *pós-fato*, uma *circunstância extratípica impunível* (acima 2., 2.1, 2.1.2) Ademais – e isso parece decisivo – a movimentação da Justiça deu-se por impulso inicial do outro licitante, que protestou a cártula. Como já afirmado acima, não se pode punir por uma circunstância sob o controle *autorresponsável de um terceiro*. Que o “sistema de crédito” nada tem a ver com esse delito licitatório parece ser desnecessário dizer.

5. Resumo das conclusões

É possível resumir as conclusões a que chegou este parecer ao aplicar as premissas teóricas ao caso concreto:

1. O argumento central utilizado para fundamentar a fixação da pena-base do Consulente acima do mínimo, segundo o qual a formalização, garantida por nota promissória, do oferecimento de vantagem para afastar licitante atuaria como circunstância

⁴⁹ Sobre essas fases do delito ver SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, Parte Geral. 7. Ed., Curitiba, p. 373 e ss.

⁵⁰ SCHÄFER; SANDER; VAN GEMMEREN, op. cit., nm. 669 ss.

desfavorável ao condenado, não se sustenta sobretudo por duas razões: contrariando valorações já existentes no direito positivo brasileiro – violando-o, assim –, o argumento ignora a gradação das modalidades de realização do tipo do art. 95, L. 8.666/93, nas quais o oferecimento de vantagem se apresenta como o meio de execução menos grave, se comparado à violência, à grave ameaça e à fraude. O oferecimento de vantagem só poderia fundamentar uma pena acima do mínimo caso, no caso concreto, se revelasse tão grave a ponto de se igualar valorativamente a um ato de violência, grave ameaça ou fraude. Viu-se, no entanto, que a corrupção presente neste caso não extrapola nem normativa nem empiricamente o “normal” desse meio de execução do delito. Antes, diante de uma situação de rara ingenuidade – o protesto de cártula produto de avença com objeto criminoso – próxima a um erro de proibição evitável, o oferecimento de vantagem neste caso concreto destoa positivamente do usual, ou seja, indica uma culpabilidade atenuada.

2. Ademais, o argumento adicional trazido no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade relacionado à indevida movimentação da Justiça por parte dos licitantes, que teria causado “prejuízo ao sistema de crédito” tampouco é apto a justificar um incremento da pena-base, pois se trata de um mero pós-fato, ocorrido após a consumação e o esgotamento do delito e de uma circunstância extratípica completamente descolada do fim de proteção da norma do art. 95, L. 8.666/93.
3. A conclusão não pode ser outra, senão a de que o aumento da pena-base do Consulete em 2 meses pela prática do crime previsto art. 95 da L. 8.666/93 constitui uma *aplicação ilegal* do art. 59, caput, CP.

A FALIBILIDADE DA SAÚDE PÚBLICA SOB A ÉGIDE DE UM CONCEITO RESTRITIVO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

PUBLIC HEALTH FALLIBILITY UNDER A RESTRICTIVE CONCEPT AEGIS OF COLLECTIVE LEGAL INTEREST

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p37-68

Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda
Mestre em Direito Penal na Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais.

Data de recebimento: 14/09/2020

Data de aceite: 16/10/2020

Última versão do autor em: 23/11/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar a falibilidade da “saúde pública”, eleita como o bem a ser protegido pelas normas penais contidas no título VIII, capítulo III do Código Penal e na Lei nº. 11.343/06, diante de um conceito restritivo e garantista de bem jurídico coletivo. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, constituída por livros e artigos científicos, e a pesquisa documental, por meio de análise de relatórios de pesquisas. Pretende-se restringir o conceito de bem jurídico supraindividual, adotando a teoria personalista de Hassemer, acrescida por requisitos objetivos formulados por Hefendehl, que visam a limitar a arbitrariedade do legislador penal na criação de novos tipos penais sob a orientação de proteção de falsos bens jurídicos coletivos. Os requisitos adicionais utilizados são: a não exclusividade do uso, não rivalidade do consumo e não distributividade conceitual, fática ou jurídica. Por fim, acredita-se que, aplicando um conceito crítico de bem jurídico, é possível chegar à conclusão de que apenas a saúde individualmente verificada constitui um bem jurídico legítimo, sendo, portanto, a “saúde pública” um falso bem jurídico coletivo.

Palavras-Chave:

Bem Jurídico; Monista-pessoal; Garantia; Falsos Bens Jurídicos.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the fallibility of “public health”, elected as the legal interest to be protected by the criminal rules contained in Title VIII, Chapter III of the Penal Code and in Law no. 11.343 / 06, in view of a restrictive and guarantor concept of collective legal interest. The methodology used was bibliographic, consisting of books and scientific articles, and documentary research, through analysis of research reports. It is intended, through this, to restrict the concept of supra-individual legal interest, adopting Hassemer’s personalist theory, added by objective requirements formulated by Hefendehl, which aims to limit the arbitrariness of the criminal legislator in the creation of new criminal types under the guidance of protection of false collective legal assets. The additional requirements used are: non-exclusive use, non-rivalry of consumption and conceptual, factual or legal non-distributivity. Finally, it is believed that, by applying a critical concept of legal interest, it is possible to reach the conclusion that only individually verified health constitutes a legitimate legal interest, therefore, Public Health is a false collective legal interest.

Keywords:

Legal interest; Personal-monist; Guarantee; False legal interests.

Sumário: 1. Introdução; 2. O conceito de saúde pública; 3. A teoria monista-pessoal do bem jurídico; 4. Critérios adicionais de limitação e os falsos bens jurídicos coletivos; 5. A saúde pública como um falso bem jurídico coletivo; 6. Conclusão.

1. Introdução

A questão que atualmente mais suscita controvérsias sobre a temática do bem jurídico diz respeito aos bens coletivos e sua utilidade dentro da teoria do delito. Os bens jurídicos supraindividuais surgiram como uma consequência da expansão do direito penal que se consolidou a partir do século XX, por meio da instalação da sociedade de risco.

Segundo Ulrich Beck, até meados do século passado, a sociedade pós-industrial era marcada pela “*cientificização primária*”, ou seja, pela aplicação da razão científica sobre a natureza, a fim de transformar os

seus recursos naturais para benefício do homem. À época, a lógica da produção de riquezas se sobrepunha à lógica da produção de riscos¹.

Posteriormente, com o advento da modernização tardia e o surgimento de novos riscos, a ciência passou a refletir sobre seus próprios fundamentos, fenômeno esse denominado por Beck de “*cientificização reflexiva* ou *secundária*”. Nesse contexto, a lógica da produção de riscos passou a sobrepor a de riquezas². Por conta dessa reflexão, começou-se a notar que o desenvolvimento das forças produtivas trazia consigo também forças destrutivas. Assim, além de se distribuir riquezas, percebeu-se que havia também uma distribuição de riscos³.

Para Beck, “o risco, assim como os bens de consumo e a riqueza também podem ser distribuídos, a diferença é que as riquezas são coibidas, os riscos, por outro lado, são “um subproduto modernizacional de uma abundância a ser evitada” (BECK, 2011, pág.32).

É importante destacar, aqui, que reconhecer a existência de riscos na sociedade moderna não significa dizer que esses só passaram a existir ou serem notados após a modernização. O ponto principal é que os riscos da sociedade atual diferem das sociedades que antecederam a revolução industrial por serem globais⁴. Em outras palavras, eles sempre existiram, mas hoje, ou melhor, desde a modernização e a expansão industrial, tornaram-se maiores e potencialmente mais destrutivos.

Nesse sentido, à medida que foram surgindo os novos riscos da sociedade moderna e foi, conseqüentemente, crescendo a sensibilidade pública para com eles, demandando uma política mitigadora⁵ e a tutela pelo Estado de novos interesses⁶, o direito penal se viu impelido a modificar-se. Com isso, foram criados diversos tipos direcionados à proteção não só de interesses individuais, como de toda uma coletividade, ampliando-se, assim, o rol dos bens jurídicos supraindividuais.

Dentro desse contexto de proteção da coletividade, insere-se a questão do bem jurídico “saúde pública”. Com a edição do código de

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade - Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24

² *Ibidem*, p. 24.

³ *Ibidem*, p. 25.

⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁵ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Atual y ampl, Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

⁶ *Ibidem*, p. 25.

1890, o Brasil passou a regulamentar os crimes contra a saúde pública, previsão que encontrou guarida no capítulo III da Parte Especial (Dos crimes contra a Tranquilidade Pública)⁷. A partir de então, ela também se tornou o bem jurídico tutelado pelas tipificações referentes ao consumo e à venda de substâncias psicotrópicas. Entretanto, sua definição sempre foi um tema bastante nebuloso⁸ e pouco explorado.

Não é incomum que o leitor, ao estudar nas doutrinas tradicionais os tipos penais que, em tese, tutelam a saúde pública, depare-se, nas análises destes, apenas com a informação de que tal bem é aquele protegido pela norma, sem qualquer aprofundamento em seu conceito ou mesmo no motivo de sua escolha⁹. Essa ausência conceitual é até certo ponto justificada, haja vista que o próprio legislador nunca se preocupou em efetivamente defini-lo.

Seja por falta de técnica legislativa ou por desinteresse, a justificativa para a eleição da saúde pública como bem jurídico não se encontra na exposição de motivos do Código Penal ou mesmo da Lei n.º 11.343/06.

Por esse motivo, pretende-se, no segundo capítulo deste artigo, trazer a definição de saúde pública sob três perspectivas diferentes: a primeira de natureza médica; a segunda, jurídica; e a terceira, gramatical. Com isso, tornar-se-á possível analisá-la e confrontá-la de forma ampla com o conceito de bem jurídico de Hassemer, descrito e definido no capítulo de número 03 (três) e os critérios de limitação e identificação de falsos bens coletivos de Roland Hefendehl, trabalhados no item de número 04 (quatro).

Essas teorias foram adotadas para delimitar a amplitude conceitual do bem jurídico, subordinando-o, inicialmente, ao indivíduo e, posteriormente, a três condições, quais sejam: a não exclusividade do uso, não rivalidade do consumo e não distributividade conceitual, fática ou jurídica.

⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

⁸ “Apesar de que a opinião dominante atribua importância central ao bem jurídico, tanto como diretriz interpretativa, quanto como parâmetro de crítica à lei penal, a idéia de bem jurídico permanece completamente obscura”. (STRATENWERTH, Günter. Sobre o Conceito de Bem Jurídico. In: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130).

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. – 11. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321-323.

Aplicando-se os referidos requisitos, conjugados com a ideia de que o bem jurídico deve ter um substrato real, que seja verificável e suscetível de gozo pela pessoa humana e que tenha por base valores e princípios acolhidos pela Constituição, é que será possível estabelecer um conceito restritivo e garantista, capaz de afastar os falsos bens jurídicos, ou seja, aqueles interesses protegidos pelo Estado que não visam à satisfação do indivíduo como cidadão. Dessa forma, a definição do bem jurídico tornar-se-á um limitador do legislador na elaboração da norma incriminadora¹⁰.

Por fim, no último capítulo, com base nessa definição, pretende-se demonstrar que a Saúde Pública é um falso bem jurídico coletivo, criado por um Estado paternalista e sanitarista, de cunho quase que exclusivamente moral, para legitimar intervenções ilegítimas no âmbito da esfera privada do cidadão, como ocorre nos casos dos crimes previstos na Lei de Drogas.

2. O conceito de saúde pública

Antes de falarmos sobre o suposto bem jurídico “saúde pública” e sua legitimidade no direito penal, é necessário conceituá-lo. Como se viu, ao tipificar algumas condutas no Código Penal e na Lei n.º. 11.343/06, o legislador brasileiro não se preocupou em definir o que se estava a defender.

De igual forma, a doutrina brasileira, em geral, também não se preocupou em elaborar uma definição para esse suposto bem jurídico. É comum encontrar nos manuais e artigos que versam sobre a parte especial do Código Penal e a própria Lei n.º. 11.343/06, apenas a menção à saúde pública como o bem protegido pelos referidos diplomas legais, sem adentrar no mérito de seu conceito.

Talvez esse desinteresse doutrinário e legislativo tenha se dado por *não se tratar de um conceito eminentemente jurídico*. Entretanto, mesmo que não seja jurídico, é importante que fique claro aos operadores do

¹⁰ “O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; b) uma função *teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas as funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano (art. 1.º da CF)”. (ZAFFARONI, Eugênio. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 406).

direito e aos próprios cidadãos, o que significa o bem cuja proteção lhe impõe uma restrição de comportamento, principalmente no que toca ao uso e venda de drogas.

Atuando nesse sentido, Orlando Zaccone, em suas pesquisas, encontrou duas definições de saúde pública, uma localizada no Dicionário da Real Academia Espanhola e outra no dicionário de direito penal do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro, veja:

Resulta que os delitos de tráfico e uso indevido de entorpecentes e drogas afins têm a saúde pública como objeto jurídico principal (imediato), entendida como “o estado em que o organismo exerce normalmente todas as suas funções.”¹¹

Interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade.¹²

A primeira definição parece se ater apenas ao conceito de saúde pessoal, ao passo que só se refere ao organismo e suas funções. Por outro lado, analisando o segundo conceito, percebe-se que o autor já buscou definir a saúde pública dentro de uma concepção de bem jurídico, uma vez que ele inicia a definição falando em interesse do Estado, mas, no que tange ao termo “saúde pública” em si, essa concepção ainda se mostra muito simplista.

Outra definição que merece destaque, porquanto elaborada por um jurista, é de Renato de Mello Jorge Silveira. Para o autor, a saúde pública pode ser definida como um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos”¹³. Essa definição já se mostra um pouco mais completa, mas também apresenta suas falhas, conforme será demonstrado posteriormente.

Como existem poucos conceitos de “saúde pública” elaboradas no campo do direito, recorrer a outras áreas do conhecimento é preciso, até mesmo para se dar maior precisão ao conceito desse “bem”. Para isso, pesquisas no campo das ciências médicas podem ser de grande valia para a construção desse conceito.

¹¹ JESUS Apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

¹² CERNICCHIARO apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

Nesse sentido, cita-se a definição elaborada pela Doutora Dina Czeresnia, graduada em Medicina pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz:

A saúde pública/saúde coletiva é definida genericamente como o campo do conhecimento e de práticas organizadas institucionalmente e orientadas à promoção da saúde das populações. O conhecimento e a institucionalização das práticas em saúde pública configuram-se articulados à medicina¹⁴.

Para a autora, a saúde pública seria um conjunto de práticas e conhecimentos institucionalizados, intimamente relacionados à medicina, que objetivam a promoção da saúde da população. Essas práticas institucionalizadas circunscrever-se-iam a partir do conceito objetivo não da saúde, mas do que se entende por doença¹⁵.

Assim, “o conceito de doença constitui-se mediante uma redução do corpo humano, pensado a partir de constantes morfológicas e funcionais, as quais se definem por intermédio de ciências como a anatomia e a fisiologia”¹⁶.

Já a saúde seria “um produto de um amplo espectro de fatores relacionados com a qualidade de vida, incluindo um padrão adequado de alimentação e nutrição, de habitação e saneamento, boas condições de trabalho, oportunidade de educação ao longo de toda a vida, ambiente físico limpo”¹⁷ etc. Vê-se, por essa definição, que a saúde não é uma, ela se decompõe em vários fatores e condições da vida humana¹⁸.

¹⁴ CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Ver e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009, p. 44.

¹⁵ *Ibidem*, p. 45.

¹⁶ *Idem*, p. 45.

¹⁷ BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. *In*: CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Ver e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009, p. 23.

¹⁸ “O que se quer apontar é que não existe uma unidade do conceito de saúde, mas formas que o conceito vai assumindo de acordo com os campos que o atravessam. Saúde pode estar ligada às políticas públicas e objetivada como uma questão plural, biopsicossocial, mas também pode estar relacionada ao culto do corpo”. (MEDEIROS, Patrícia Flores; BERNADES, Anita Guazzelli; GUARESCHI, NEUZA. **O Conceito de Saúde e suas Implicações nas Práticas Psicológicas**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Set-Dez 2005, Vol. 21 n. 3, pp. 263–269, p. 264).

Coadunando com o conceito acima formulado estão Maria Thereza Ávila Dantas Coelho e Naomar de Almeida Filho:

Não se trata de saúde como direito conquistado através de ações institucionais organizadas e externalizadas; nem saúde como um bem disponibilizado e adquirido por meio de processos mercantis ou políticos; nem saúde como valor humanístico decorrente de atos volitivos solidários. Trata-se de construir a positividade do conceito de saúde como tudo isso, verdadeiro integral multinível de norma, valor, direito, bem, função, processo, estado, considerando-se os planos de emergência coletivo e individual, dialeticamente incorporando-se também a negatividade da doença, enfermidade, patologia nos níveis primário, secundário e terciário¹⁹.

Cumprе salientar ainda que, apesar de se tratar de conceitos diferentes, a saúde e a doença são indissociáveis, senão veja:

Entender que pelos termos saúde e doença estamos nos referindo a construções linguísticas oriundas de esferas diversas de racionalidade em um mesmo campo da experiência humana nos ajuda, de volta, a compreender a afirmação de que esses termos tratam de coisas diferentes e ao mesmo tempo indissociáveis²⁰.

Dessa forma, para se entender o que é saúde, também é necessário saber o que é doença e a definição de ambas comporiam o âmbito de atuação das práticas e conhecimentos institucionalizados.

Para Dina Czeresnia, seriam as práticas e conhecimentos institucionalizados que visam à manutenção da saúde da população, entendendo como saúde o produto de um amplo espectro de condições que compõem uma vida afastada de doenças.

Outro conceito interessante de saúde pública é do autor Milton Terris, citado por Jairnilson S. Paim e Naomar de Almeida Filho, veja:

Terris (1992) atualiza a clássica definição de saúde pública elaborada por Winslow, na década de vinte, nos seguintes termos: “a arte e a ciência de prevenir a doença e a incapacidade,

¹⁹ COLEHO, Maria Thereza Ávila Dantas; FILHO, Naomar de Almeida. **Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica**. História, Ciências, Saúde - Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):315-33, maio-ago, 2002, p. 330.

²⁰ AYRES, **Uma concepção hermenêutica de saúde**. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1): 43-62, 2007, p. 50.

prolongar a vida e promover a saúde física e mental mediante os esforços organizados da comunidade”²¹.

Aqui, temos um conceito que se assemelha um pouco ao anterior na medida em que define saúde pública como algo derivado do conhecimento médico. Enquanto para Dina Czeresnia a saúde pública envolveria conhecimentos e práticas institucionalizadas, para Terris, a saúde pública constitui a ciência de prevenção de doenças e promoção da saúde mediante esforços comunitários. Esse conceito está baseado em um discurso médico preventista estadunidense da década de 60, que visava a instaurar centros comunitários de saúde em regiões carentes²².

Ainda sobre o tema, cumpre ressaltar o conceito de saúde pública formulado por Edmundo Granda. Segundo o autor, até o início do século XX, a saúde pública era entendida como uma “enfermologia social”, capaz de tratar e prevenir a enfermidade coletiva, compreendida como uma somatória de enfermidades individuais:

Frente ao êxito da medicina clínica sobre a enfermidade individual, também se considerou, no princípio do século XX, que era possível construir uma “enfermologia social” chamada saúde pública, supostamente capaz de dar conta da enfermidade coletiva ou pública, como somatória de enfermidades pessoais ou particulares. A saúde pública não devia encarregar-se do tratamento do corpo enfermo que correspondia à medicina clínica, mas ele assumiria as causas que se encontram por fora da “máquina corporal”. Nessa medida, a saúde pública poderia sair do corpo humano e encontrar nos animais, plantas, coisas e relações entre indivíduos as causas da enfermidade. A saúde pública ocupa, então, um espaço distinto do que ocupa e domina a clínica²³.

²¹ TERRIS apud PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. **Saúde coletiva:** uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? Rev. Saúde Pública, 32 (4): 299-316, 1998, p. 301.

²² “No campo da saúde, organiza-se então o movimento da saúde comunitária, também conhecido como medicina comunitária, baseado na implantação de centros comunitários de saúde, em geral administrados por organizações não lucrativas, porém subsidiados pelo governo federal, destinados a efetuar ações preventivas e prestar cuidados básicos de saúde à população residente em áreas geograficamente delimitadas”. (PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. **Saúde coletiva:** uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? Rev. Saúde Pública, 32 (4): 299-316, 1998, p. 304).

²³ No original: “Ante el “éxito” de la medicina clínica sobre la enfermedad individual, también se consideró, a principios del siglo XX, que era posible construir una “enfermo-

Assim, a saúde pública atuaria preventivamente por meio do Estado para prever e evitar doenças patológicas advindas da natureza. A atuação, portanto, seria preventiva, ao passo que os cuidados médicos diretos já caracterizariam a medicina clínica²⁴:

A saúde pública os coloca na tecnologia positivista administrada pelo Estado. Assim como a medicina transforma o médico no mago que explica a doença e, ao mesmo tempo, a cura, também a saúde pública transforma o Estado no mago que explica o risco e o impede²⁵.

Esse conceito de saúde pública, segundo o autor, já estaria ultrapassado, haja vista que, no mundo moderno, os laços de solidariedade estariam desaparecendo, a desigualdade social estaria aumentando e o Estado estaria perdendo parte de seu poder soberano para as “forças supra e subnacionais”²⁶. Dessa forma, o Estado teria deixado de ser um

logía social” llamada salud pública, supuestamente capaz de dar cuenta de la enfermedad colectiva o pública, como sumatoria de enfermedades personales o particulares. La salud pública no debía encargarse del tratamiento del cuerpo enfermo que correspondía a la medicina clínica, sino que se responsabilizaría de las “causas” que se encuentran por “fuera” de la “maquina corporal”. En esa medida, la salud pública podría “salirse” del cuerpo humano y encontrar en los animales, plantas, cosas y relaciones entre individuos las causas de las enfermedades. La salud pública ocupa, entonces, un espacio distinto del que ocupa y domina la clínica”. (GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000, p. 02).

²⁴ “En resumen, la salud pública se ubica por “fuera” y en un antes de que la sumatoria de “máquinas corporales” enfermen. Ubicada la “enfermología pública” en el espacio y el tiempo del riesgo, entonces ella cumpliría su práctica fundamental, cual es prevenir las acciones de posibles entes patógenos, ya que cuando éstos “anidan” en el cuerpo de la persona y la enferman, ese espacio será ocupado por el médico. Ahora bien, la medicina clínica tiene como fin fundamental curar, y en esa medida acepta, al constituirse como disciplina científica, centrar su preocupación en la enfermedad y la muerte”. (Ibidem, p. 02-03)

²⁵ “La salud pública los ubica en la tecnología positivista manejada por el Estado. Al igual que la medicina transforma al médico en el mago que explica la enfermedad y que al mismo tiempo la cura, así también la salud pública transforma al Estado en el mago que explica el riesgo y lo previene. (Idem, p. 03).

²⁶ “Desaparecen los espacios e instituciones que históricamente se responsabilizan de la enfermedad pública y también se rompen los lazos de solidaridad necesarios para generar ámbitos de defensa de la vida y la salud. El capitalismo informatizado no sólo está generando desocupación sino que también está produciendo inmensos bolsones de exclusión social e indigencia que, como Castells afirma, constituyen verdaderos “agujeros negros” completamente innecesarios dentro de la red de producción y competencia. (Ibidem, p. 13.)

representante da nação para se tornar um “intermediador estratégico entre o capital globalizado, as instituições internacionais e os poderes regionais e locais descentralizados”²⁷.

Em face dessas mudanças conjunturais, o conceito de saúde pública passaria a ser, para Granda, “uma prática social, multidisciplinar, uma ação social”²⁸. O Estado, nessa lógica, não deixa de ter obrigações com a saúde da população, mas ele passa a depender da aceitação das macroforças supranacionais e subnacionais para atuar:

Diante dessa realidade, penso que é mais apropriado pensar que a saúde pública pode ser transformada em uma prática social / multidisciplinar / poder potencial em fluxo, onde o Estado é um nó a mais e muito importante. Por isso, não queremos dizer que o Estado tenha deixado de ter obrigações para a saúde da população, mas que, diante da perda de seu poder e soberania, o cumprimento de seus deveres depende da aceitação das forças supra e subnacionais²⁹.

É por isso que Gandra entende que a saúde pública deve ser uma prática social, pois, com o esvaziamento desse poder soberano do Estado e a diminuição de sua atuação na saúde, um espaço seria aberto para uma atuação dos movimentos sociais de saúde. Sobre o tema, veja:

Nesta era do capitalismo informatizado, precisamos ouvir mais cuidadosamente as vozes dos movimentos sociais para reconstruir nossa saúde pública com maior relevância; ao fazê-lo, poderíamos formar uma resposta um tanto diferente à que estávamos acostumados a olhar e talvez um pouco mais

²⁷ “El Estado entra en una profunda crisis; su autoridad y legitimidad se cuestionan y se debilita su carácter soberano. El Estado deja de ser el representante de la nación para transformarse más bien en un intermediador estratégico entre el capital globalizado, las instituciones internacionales y multilaterales y los poderes regionales y locales descentralizados”. (Ibidem, p.14).

²⁸ No original: “La salud pública es una práctica social / multidisciplinar / acción estatal.” (Ibidem, p.14).

²⁹ No original: “Ante esa realidad considero que es más adecuado pensar que la Salud pública pueda transformarse en una práctica social / multidisciplinar / potencial poder en el flujo, donde el Estado es un nodo más y muy importante. Con esto no queremos decir que el Estado ha dejado de tener obligaciones sobre la salud de la población, sino que ante la pérdida de su poder y soberanía, el cumplimiento de sus deberes depende de la aceptación de las fuerzas supra y subnacionales” (Ibidem, p. 14)

perto da metáfora do “poder da vida” que falamos no início deste trabalho. Esta saúde pública surgiria desde o local, se originaria do mundo do presente, respeitaria o temporal, tentaria compreender o complexo, não descartaria os diversos, daria um grande valor ao autopoietico, reconheceria várias racionalidades, incluindo o científico (metáfora de “poder do conhecimento”); teria um forte eixo ético, que apoiaria o fortalecimento dos movimentos sociais com os quais, por sua vez, poderia pressionar mais fortemente o Estado intermediador estratégico e enfrentar as pressões das potências supra e subnacionais (metáfora do “bom poder socialista”), para viver um mundo mais humano e não necessariamente para assumir o poder (novamente metáfora do “poder da vida”). Quem sabe se o que se passa acima aconteceu há muito tempo, mas agora essas experiências adotaram nomes marcantes e “sérios”, como “municípios saudáveis”, “frentes para a saúde e a vida”, “conselhos locais de saúde” para “organizações pela saúde e natureza”, etc., que atualmente constituem” tribos “que defendem sua saúde e que em muitas ocasiões já convocaram e se juntaram a outros atores e pretendem se tornar” Saúde Pública “. A saúde pública também vem inovando nos próprios movimentos femininos, direitos humanos, proteção ambiental, entre outros, que, sem essa denominação, contribuíram para a saúde muito mais do que aqueles que foram introduzidos no “caso difícil” da “enfermologia pública”³⁰.

³⁰ No original: “En esta época de capitalismo informatizado, necesitamos escuchar con más atención las voces de los movimientos sociales para reconstruir nuestra salud pública con mayor pertinencia; al hacerlo, podríamos conformar una respuesta un tanto diferente a la que estuvimos acostumbrados a mirar y quizás un tanto cercana a la metáfora del “poder de la vida” de que hablamos al inicio de este trabajo. Esta salud pública surgiría desde lo local, se originaría del mundo del presente, respetaría lo temporal, intentaría comprender lo complejo, no desecharía lo diverso, daría un gran valor a lo autopoietico, reconocería varias racionalidades, y entre ellas la científica (metáfora del “poder del conocimiento”); tendría un eje ético muy fuerte, con lo cual apoyaría el fortalecimiento de los movimientos sociales con los que, a su vez, podría presionar con más fuerza al Estado intermediador estratégico y enfrentar las presiones de los poderes supra y subnacionales (metáfora del “buen poder socialista”), para vivir un mundo más humano y no necesariamente para tomar el poder (nuevamente metáfora del “poder de la vida”). Quién sabe si lo anterior estaba sucediendo desde hace mucho tiempo pero ahora esas experiencias han adoptado nombres llamativos y “serios”, como “Municipios saludables”, “Frentes por la salud y la vida”, “Consejos locales de salud” “Organizaciones por la salud y la naturaleza”, etc., que actualmente constituyen “tribus” que defienden su salud y que en muchas ocasiones ya han convocado y unido a otros actores y pretenden transformarse en “Públicos por la salud”. La salud pública también se ha

Esse conceito mais moderno, explicitado por Granda, se assemelha àquele formulado por Milton Terris, na medida em que concebe saúde pública não como uma prática eminentemente institucional, mas também social e comunitária. Diante do exposto, vê-se que a “saúde pública” possui uma vasta gama de definições, sendo que aqui só foram apontadas algumas delas.

Mesmo que as exposições de motivos do Código Penal e da Lei de Drogas não tenham definido qual “saúde pública” se está a defender, metodologicamente era necessário fazê-lo, para que possível fosse confrontá-lo com o conceito de bem jurídico que adotaremos nesse trabalho.

Dessa forma, nos capítulos subsequentes, os conceitos que aqui foram expostos serão analisados sob a ótica da dogmática penal, no intuito de verificar se a “saúde pública” poderá ser caracterizada como um real bem jurídico coletivo.

3. A teoria monista-pessoal do bem jurídico

Nos últimos anos, muito se tem alegado que a teoria do bem jurídico estaria em seu leito de morte³¹, diante de sua suposta incapacidade de cumprir as funções que a ele foram atribuídas, como a de limitação do poder punitivo, interpretação da lei penal etc.

É que, com o surgimento da sociedade de risco que se instalara desde o século XIX, o conteúdo do bem jurídico passou a ser definido de forma cada vez mais vaga, o que possibilitou a sua utilização como mera fundamentação ou justificativa para a criminalização de condutas.

Essa concepção legitimadora do bem jurídico contraria o seu verdadeiro significado descriminalizante³², que se baseou no pensamento iluminista.

estado innovando en los propios movimientos de mujeres, de derechos humanos, de defensa del ambiente, entre otros, que sin ese apelativo, han aportado para la salud mucho más que los que hemos estado introducidos en el “estuche duro” de la “enfermología pública”. (GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000, p. 16)

³¹ “Deve-se ter cuidado ao atestar que o bem jurídico ainda vive. Não estará ele no leito de morte? Não será esse atestado talvez uma derradeira tentativa de recriar a situação diagnosticada de que o bem jurídico ainda vive? Já há tempos se vem torturando o bem jurídico em seu leito de morte, exigindo-se dele aquilo que ele não tem como cumprir”. (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69.

³² HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de**

Diante desse cenário e após o período de escuridão do nazismo, Hassemer e diversos outros autores alemães sentiram a necessidade de re-tomar o conceito crítico do bem jurídico penal, quando da elaboração do Projeto Alternativo de Código Penal Alemão, apresentado em resposta ao conservadorismo do Projeto Governamental do Código Penal de 1962³³.

Assim, definiu-se que os bens jurídicos deveriam possuir uma noção metapositiva de proteção de interesses humanos³⁴, interesses esses encontrados nas relações sociais concretas, ou seja, dentro do próprio sistema social.

Com isso, ficariam afastados os conceitos abstratos e indeterminados de bens jurídicos ideais, ficando a base estrutural do instituto arraigado na realidade concreta, não por resultado de um direito natural, mas porque se produz em um contexto de relação social real³⁵.

Em Hassemer, a pessoa humana é colocada no centro da proteção penal, adotando-se, portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana kantiana, em que o ser humano é um fim em si mesmo, ficando a cargo do Estado apenas proporcionar-lhe o desenvolvimento de suas necessidades vitais.

Dessa forma, a partir da teoria monista-pessoal do bem jurídico, toda violação de bens deveria estar ligada a um referencial pessoal, ou seja, a partir da pessoa humana³⁶. Por essa perspectiva, o exercício do poder punitivo do Estado fica restrito a situações sociais concretas, tanto em seu poder sancionatório, quanto em seu poder criminalizante.

Nesse sentido, fica instituído que, para se punir alguém, é necessário constatar a ofensa ao bem jurídico da vítima ou, ao menos, o perigo real

incriminar?./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

³³ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico penal supraindividual. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 67.

³⁴ *Ibidem*, p. 18.

³⁵ CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. **El Derecho Penal de La Empresa desde una Vision Garantista**. Metodologia, Critérios de imputacion y tutela Del patrimonio social. – Montevideo: Ibddef. 2005, p. 98.

³⁶ “El bien jurídico es un elemento de la propia condición del sujeto y de su proyección social; en ese sentido puede ser entendido como un valor que se incorpora a la norma como su objeto de preferencia real y constituir, por lo tanto, un elemento primario de la estructura del tipo, al cual se deben referir la acción típica y todos los demás componentes”. (TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 39)

de lesão a ele³⁷. Já sob a perspectiva da criminalização, resta definido que o legislador penal, para criminalizar, precisaria demonstrar que a conduta proibida seria capaz de ameaçar o interesse pessoal protegido pela lei³⁸.

Vale lembrar que Hassemer não adotava o bem jurídico como requisito suficiente para a criminalização de condutas, mas apenas como um requisito necessário³⁹.

Diante disso, para se proibir determinado comportamento, dever-se-ia verificar, na mesma lógica do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, a completude de todos os demais princípios do direito penal. Sobre o tema veja:

A ameaça a um bem jurídico por meio de um comportamento é pressuposto necessário, mas não suficiente da criminalização desse comportamento. A violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento da pena contrapõe-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção de ‘formalização da justiça penal’⁴⁰.

Perceba, portanto, que a teoria monista-pessoal de Hassemer busca, a todo momento, afastar a possibilidade de que o instituto do bem jurídico seja utilizado como uma ferramenta de incriminação e, com isso, perca sua função limitadora. Esse conceito pessoal do bem jurídico

³⁷ “La amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico penal”. (HASSEMER, Winfried. **Consideraciones sobre la víctima del delito**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990, p. 245)

³⁸ “La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con todas las diferencias de origen y concepto – negativa y de crítica de derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible: así por ejemplo en el derecho penal sexual no debía indicarse <<moralidad sexual>> sino autodeterminación, salud y protección de la juventud”. (HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 31)

³⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁰ *Idem*, p. 13.

possui clara intenção de priorizar o homem dentro da tensão existente entre sociedade, indivíduo e Estado⁴¹.

Assim, sob a ótica de Hassemer, a proteção das instituições e de seus interesses só poderia ocorrer se implicasse também na proteção da pessoa humana⁴². Dessa forma, o conceito de bem jurídico se tornaria mais restrito e, de certa forma, mais concreto do que aqueles conceitos que enunciavam valores ou interesses sem qualquer vinculação pessoal.

Quanto aos bens jurídicos coletivos, importa destacar que, apesar de colocar o homem no centro da proteção penal e requerer uma lesão pessoal de um interesse individual para a criação e punição de um crime, Hassemer não nega a possibilidade de existência de interesses supraindividuais.

Aqueles que afirmam que a teoria monista-pessoal é incompatível com bens de natureza supraindividuais estão absolutamente equivocados. A teoria monista-pessoal de Hassemer não importa no afastamento dos bens supraindividuais. Ela, na verdade, tão somente as restringe, na medida em que requer também um referencial pessoal para seu reconhecimento⁴³.

Destarte, pelo conceito pessoal do bem jurídico, somente se considerará legítimo o bem supraindividual quando sua proteção servir para o desenvolvimento do cidadão individualmente verificável⁴⁴.

⁴¹ *Ibidem*, p. 18.

⁴² “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”. (TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180).

⁴³ “Nessa discussão, deve-se de início insistir que um conceito pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”. (HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18).

⁴⁴ “Para esses autores, atualmente encabeçados por Hassemer, ponto de partida são os interesses individuais. Bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a indivíduos concretos. A coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal”. (GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86).

Nesse mesmo sentido se coloca Tavares ao citar Hassemer:

Embora com outro fundamento, na órbita de sua proteção, também neste sentido se põe a observação de Hassemer: “bens jurídicos universais somente requerem proteção como condição da possibilidade de proteção dos bens jurídicos individuais, os quais, por isso, possuem uma função orientadora. Deste modo, o fim de proteção dos bens jurídicos é a realização da pessoa individual, sendo o interesse geral apenas uma etapa deste rumo”.⁴⁵

Vê-se, aqui, que o bem jurídico supraindividual tem na teoria monista-pessoal um papel orientador, o interesse geral é uma etapa para se alcançar a finalidade maior que é a proteção do indivíduo.

Conforme já foi dito anteriormente, o Estado não é um fim em si mesmo, devendo, assim, atuar sempre em favor da preservação das condições essenciais de vida do cidadão. Partindo dessa concepção, retiramos que os bens jurídicos coletivos devem sempre ter um substrato real e significar uma utilidade ao ser humano. Sob esse contexto, leciona Tavares:

Só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que pode ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, é dizer, para ser considerado como bem jurídico, será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse pessoal, independentemente se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistintas⁴⁶. (Tradução nossa).

Assim, fica estabelecido, portanto, a condição de que, para se reconhecer um bem coletivo, é necessário funcionalizá-lo a partir dos bens individuais. Quanto mais requisitos forem estabelecidos para a postulação de bens (substrato real e referência ao indivíduo) e, conseqüentemente, para a criminalização de condutas, mais restritivo será o conceito de bem jurídico.

⁴⁵ TAVARES, Juez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

⁴⁶ No original: “Solo podrá ser reconocido como bien jurídico lo que pueda ser reducido a un ente propio de La persona humana, es decir, para ser tomado como bien jurídico, será preciso que determinado valor pueda implicar, directa o indirectamente, un interés individual, independientemente de si ese interés individual corresponde a una persona determinada o a un grupo de personas indistinguibles”. (TAVARES, Juez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 71)

Por ser mais restrito e por estar voltado à proteção do indivíduo em contraposição à arbitrariedade estatal, é que se adota no presente trabalho a teoria monista-pessoal do bem jurídico.

Portanto, ao nosso sentir, a teoria personalista do bem jurídico é aquela que, dentre todas até então já formuladas, mostra-se mais apta a orientar a criação e punição de condutas reveladas como criminosas, porquanto mais benéfica ao indivíduo, objeto da proteção penal.

4. Critérios adicionais de limitação e os falsos bens jurídicos coletivos

Depois de definir a teoria monista-pessoal do bem jurídico como aquela que se encontra mais adequada a um Estado Democrático de Direito, há, ainda, que se estabelecer mais alguns requisitos para restringir o seu alcance e, com isso, identificar falsos bens jurídicos coletivos, no intuito de afastá-los, contendo, por fim, o poder discricionário do Estado.

Para isso, pretende-se utilizar, aqui, os pressupostos formulados por Roland Hefendehl, que visam a separar os bens coletivos efetivamente autênticos, daqueles meramente aparentes e que, na realidade, não passam de uma soma de vários bens individuais e, por isso, são ilegítimos.

De início, é importante deixar consignado que Hefendehl não adota a teoria monista-pessoal, pois ele a considera demasiadamente reacionária. O autor, na verdade, utiliza-se de uma teoria social do bem jurídico, partindo de uma dimensão política, na qual os bens jurídicos penais têm por finalidade a garantia de que os indivíduos, membros da sociedade, tenham chances iguais de participação nela⁴⁷. Apesar disso, destaca-se que ela não é incompatível com a teoria monista de Hassemer, já que ambos os autores funcionalizam, de certa forma, o bem jurídico em razão do indivíduo.

Assim, para uma teoria social do bem jurídico, Hefendehl atribui duas condições essenciais, o objeto que será protegido e o respectivo titular do bem.

No que tange ao objeto de proteção, Hefendehl aduz que todos os bens jurídicos supraindividuais, para serem reconhecidos, necessitam

⁴⁷ “Entendo por direito penal socialmente integrado um direito penal que leva em conta a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles”. (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez. 2010, p. 111).

de uma legitimação especial, pois, segundo o autor, nenhum deles são inatos⁴⁸. Com vistas a isso, Hefendehl entende ser necessário sistematizar os bens jurídicos supraindividuais para excluir aqueles aparentes.

Nesse sentido, há uma separação dos bens jurídicos coletivos em três categorias: aqueles bens criados pelo Estado e para o Estado, para que ele possa se defender e funcionar; os bens criados para a proteção do ambiente; e os bens clássicos que criam espaços de liberdade para os indivíduos⁴⁹.

Os bens criados pelo Estado seriam aqueles cuja função consistiria na proteção do próprio Estado, caracterizado, por exemplo, na tipificação de condutas contra as forças armadas, ou contra o presidente da república, bem como aquelas em que se pretende a proteção de recursos estatais.

O meio ambiente, por seu turno, também mereceria proteção penal, em face de sua natureza limitada e conservação para as gerações futuras.

Por fim, os bens coletivos clássicos e os que precisam de um componente de confiança, que não se confunde com a confiança na vigência da norma, são aqueles que acompanham a todo o momento a vida dos membros da sociedade, englobando, inclusive, a proteção de alguns institutos e instituições que necessitariam de uma aceitação da sociedade para se manterem, por exemplo, o serviço público, a moeda, a administração da justiça etc.

Quanto aos titulares desses bens jurídicos, Hefendehl aponta o Estado como titular dos bens estatais, a sociedade como titular dos bens ambientais e dos bens clássicos todos os membros da sociedade.

Pois bem, essas ramificações expostas pelo autor não serão aqui exploradas, mas tão somente os requisitos formulados por ele, cuja função é identificar os falsos bens jurídicos coletivos.

⁴⁸ “Quanto a estrutura do bem coletivo, já se pode deduzir das considerações até agora desenvolvidas sobre o bem jurídico individual que todo bem coletivo precisa de uma legitimação especial. Afinal, inexistente qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado. Isso torna difícil a determinação do espectro de bens jurídicos coletivos penalmente legítimos”. (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez. 2010, p. 112).

⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?** 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 74.

Voltando a isso e tendo em vista que todos os bens jurídicos coletivos necessitam, para sua legitimação, de certas características especiais, é que se passa a expor as estruturas que devem compor a sua base. Em suma, são três os requisitos essenciais que devem formar o núcleo conceitual dos bens jurídicos coletivos: a não exclusividade do uso, a não rivalidade do consumo e a não distributividade conceitual, fática ou jurídica⁵⁰.

O primeiro pressuposto levantado por Hefendehl é a não exclusividade do uso. Por meio desse critério, nenhum indivíduo componente da sociedade pode ser excluído do gozo de um bem jurídico supraindividual. Nesse sentido, o autor aponta como exemplo a “segurança externa”, uma vez que a proteção fronteiriça em tempos de guerra beneficia a todos os cidadãos. Assim, independentemente se A ou B esteja gozando diretamente dessa proteção, nada impede que outros também gozem⁵¹.

O segundo critério, qual seja, a não rivalidade do consumo, está diretamente ligada ao primeiro e pressupõe que o uso de um bem jurídico por determinada pessoa em nada afete o uso por outras.

Para Hefendehl, essas duas condições são amplamente satisfeitas por bens como “informações, redes de comunicação, mecanismos de prevenção contra perigos externos, instituições e bens que produzam coesão comunitária⁵²”.

E o último pressuposto é a não distributividade conceitual. Por esse critério, entende-se que um bem jurídico será de fato coletivo “quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos”⁵³

Como exemplo, cita-se novamente a “segurança externa”. A proteção da fronteira se faz a todos os cidadãos, indiscriminadamente, não se podendo dividir porções desse bem a cada um deles. Como bem preceitua Tatiana Badaró, “a invasão do território nacional por um exército estrangeiro, independentemente de onde ocorra, coloca em apuros todos aqueles que nele se encontram⁵⁴”.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 83.

⁵¹ *Ibidem*, p. 83

⁵² *Idem*, p. 83.

⁵³ *Idem*, p. 83-84.

⁵⁴ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 212.

Entretanto, ressalta-se que, segundo o autor, isso não impede que o bem jurídico sofra perdas, ou seja, como se trata de valores reais, passíveis de lesão, pode ocorrer do bem ser destruído ou vulnerado se consumido de forma irregular ou ilegal.

Sobre esse requisito, então, tem-se que todo bem jurídico pode ser consumido por todos os componentes da sociedade, não podendo, entretanto, ser distribuído apenas para o consumo de uns ou outros.

Portanto, apesar do autor não se filiar à teoria personalista, entende-se que a sua teoria social a ela deve ser acoplada, no sentido de fortalecer a estrutura conceitual crítica do bem jurídico, em especial dos bens supraindividuais.

Através da aplicação dos requisitos formulados por Hefendehl, é possível identificar, com certa facilidade, quais bens jurídicos coletivos são reais e quais não passam de bens aparentes, ou seja, falsos bens jurídicos supraindividuais existentes dentro direito penal, que só surgiram para legitimar incriminações de cunho paternalistas, sanitaristas, morais e para expandir tipos de perigo abstrato.

5. A saúde pública como um falso bem jurídico coletivo

A saúde pública, como se viu, pode ser conceituada de diversas formas, a depender da área do conhecimento e da época em que ela é analisada.

No âmbito do direito e especialmente no direito penal, poucas definições existem. O legislador penal não se preocupou em definir saúde pública e os operadores do direito, de modo geral, também não se atentaram para isso.

Como bem explicita Décio Franco David e Gustavo Trento Christoffoli, muito provavelmente essa deficiência conceitual se deu propositalmente, no intuito de apenas legitimar a proibição e servir como argumento de autoridade, senão veja:

Desta forma compreende-se que a saúde pública seja, propositalmente, um conceito impreciso, destinado a servir como argumento de autoridade (em seu sentido mais totalitário). Afinal, um mínimo de lucidez é suficiente para perceber que os danos causados pela atual forma de combate às substâncias tornadas ilícitas são muito superiores aos danos que a atual política pretende proteger⁵⁵.

⁵⁵ DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. Constatações sobre a política repressiva antidrogas: Seletividade penal e falácia do bem jurídico saúde

Diante desse déficit, apenas três conceitos “jurídicos” foram expostos neste trabalho: aquele contido no dicionário da Real Academia Espanhola, a definição do Ministro Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro, e o conceito elaborado por Renato de Mello Jorge Silveira.

Pelo primeiro, saúde pública seria o “estado em que o organismo exerce normalmente todas as suas funções”⁵⁶; pelo segundo, seria um “interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade”⁵⁷; e o terceiro aduz ser um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos”⁵⁸.

Como já foi dito no tópico anterior, a primeira definição é demasiadamente vaga. Por meio dela, o máximo que se pode extrair é um conceito de saúde e, mesmo assim, também muito superficial. Em nenhum momento ela faz referência à coletividade e é exatamente por esse motivo que não se pode enquadrá-la no conceito de bem jurídico supraindividual. Para que um bem jurídico seja considerado coletivo é indispensável que ele remeta à coletividade. Trata-se, pois, de um requisito inerente à própria natureza do instituto.

O segundo conceito, por sua vez, já é um pouco mais completo, na medida em que não só define “saúde”, como também tenta relacioná-la com o coletivo e o elevar a um interesse do Estado.

A escolha das palavras nesse conceito é muito precisa, pois, quando o autor fala que a saúde pública é um interesse do Estado, ele está não só explicitando qual conceito de bem jurídico adotado⁵⁹, como também relacionando ambas as definições para legitimar a existência do bem.

pública. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 596-597.

⁵⁶ JESUS Apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

⁵⁷ CERNICCHIARO apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

⁵⁹ “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. “Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade”. (LISZT, Franz Von. **Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senador Federal, 2006. V. 1. p. 93-94).

Contudo, essa legitimação se dá de forma acrítica e ampla. O conceito adotado pelo autor é aquele elaborado por Liszt⁶⁰, cujo conteúdo, salvo melhor juízo, não impõe qualquer limite ao legislador penal.

Trata-se, pois, de uma definição eminentemente dogmática, que visa a tão somente legitimar uma proibição⁶¹. Por meio dele, tudo e qualquer coisa poderia ser erigido a bem jurídico penal, uma vez que requisitos restritivos não são destacados. Há, portanto, um esvaziamento do conceito de bem jurídico e, principalmente, de sua função restritiva.

Adotando-se um conceito transcendente ou político-criminal de bem jurídico e, portanto, limitativo do poder punitivo estatal, a saúde pública, entendida daquela maneira, não poderia ser elevada a bem jurídico, por se tratar de uma soma de bens jurídicos individuais.

Dessa forma, dizer que se está a proteger o funcionamento do organismo dos membros da sociedade é o mesmo que dizer que se protegerá a “saúde” de cada membro do corpo social. Assim, se um bem é passível de ser protegido individualmente, não há motivo para se “criar” um bem jurídico coletivo que importe tutelar a mesma coisa.

Pelos critérios de limitação criados por Hefendel e aqui adotados, estar-se-á a ferir a “não distributividade conceitual, fática ou jurídica” do bem jurídico coletivo. “Um bem será coletivo quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas”⁶².

Esse requisito limitativo também poderia ser aplicado ao último conceito explicitado neste trabalho, que fora elaborado por Renato de

⁶⁰ “O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra”. (PRADO, 2014, p. 37).

⁶¹ “Quando afirmamos que toda incriminação visa defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político criminal, ou para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico”. (GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77)

⁶² No original: “Un bien es colectivo cuando es conceptual, fática o jurídicamente imposible dividirlo en partes y atribuirles a los individuos en forma de cuotas”. (HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 187-188).

Mello Jorge Silveira, se ele não tivesse inserido, no âmbito da proteção do bem jurídico, a expressão “um conjunto de condições”. Aqui, se utilizou o verbo “poder” no futuro do pretérito, porque a aplicação do referido requisito dependerá de se conhecer quais “condições” o autor de fato pretendia proteger. Se o que se buscava era tutelar as condições derivadas do conceito de saúde⁶³, por exemplo, condição de higiene, habitação, saneamento, dentre outras, ainda estaremos diante de uma soma de bens individuais, pois a saúde permanece sendo o objeto principal, mesmo que fracionado. Por outro lado, se esse conjunto de condições significar a atuação institucional no âmbito da saúde, o fundamento para não o reconhecer como um legítimo bem jurídico será por meio de sua incompatibilidade com um conceito personalista do bem jurídico e com a própria Constituição da República de 1988.

Como já foi dito em tópico próprio, o conceito monista-pessoal do bem jurídico só acolherá bens jurídicos coletivos que funcionalizarem o indivíduo a partir de sua proteção, ou seja, a tutela penal deve servir à pessoa humana, ainda que indiretamente⁶⁴. Nesse caso, se se considerar que o referido conceito de saúde pública parte do pressuposto de que o Estado, por meio de suas instituições sanitárias, é o objeto da proteção jurídica, estar-se-ia, pois, a elevar um suposto bem a bem jurídico penal que, além de não funcionalizar o indivíduo, ainda o prejudica, reduzindo-lhe direitos e garantias constitucionais, quando se olha para a Lei de Drogas, por exemplo (Lei nº. 11.343/06). Essa redução se verifica na medida em que a proibição das condutas relacionadas com as substâncias tornadas ilícitas impõe uma restrição à liberdade individual da população de disposição de seu próprio corpo. O Estado, de forma paternalista e indevida, invade a esfera individual da pessoa humana em nome de uma pretensa proteção de suas próprias instituições ou de sua própria existência⁶⁵. Em um Estado Democrático de

⁶³ Ver conceito de saúde exposto na seção anterior.

⁶⁴ “Nessa discussão, deve-se de início insistir que um conceito pessoal do bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”. (HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador)... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18-19).

⁶⁵ “Logo, uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a

Direito, o indivíduo deve ser o centro da proteção jurídica, não o objeto ou um meio para fins alheios. Sobre o tema veja:

Numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar⁶⁶.

Como bem preceitua Luiz Regis Prado, “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado”⁶⁷. A necessidade de vinculação de um bem jurídico à pessoa denota uma garantia do indivíduo de que suas condições pessoais e privadas não serão lesionadas pela atuação Estatal. Nesse sentido, são os ensinamentos de Tavares⁶⁸:

A necessária vinculação de um bem jurídico estatal a sua origem e finalidade pessoal constitui uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por supostas adoções de políticas públicas, em âmbitos administrativos, econômicos ou sociais, ou para finalidades eleitorais. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição dessa categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano tanto a pessoa como a suas condições sociais.

Assim, além de não se compatibilizar com a teoria do bem jurídico adotada, a proteção da saúde pública, conceituada daquela forma, também

incriminação daquelas condutas – sob a ótica da tutela de bens individuais – não respeita o princípio da autonomia e expressa a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal (especialmente no caso do art. 28)”. (CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 648).

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. – 2. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

⁶⁷ *Idem*, p. 65.

⁶⁸ TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

feriria princípios constitucionais consagrados pela Constituição da República de 1988, na medida em que impediria o livre desenvolvimento pessoal do cidadão, atingindo a sua intimidade e a vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988) em detrimento da proteção de instituições.

Já no âmbito das ciências médicas, outros quatro conceitos de saúde pública foram expostos. O primeiro deles é a noção de “enfermologia social”, que se assemelha muito ao conceito formulado pelo Ministro Vicente Cernicchiaro, ao tratá-la como uma soma de enfermidades individuais. Como as definições são parecidas, a solução para elas também se equivale. Não pode um bem jurídico coletivo ser dividido em partes e gozado individualmente por cada cidadão. Logo, por esse conceito, não é possível dizer que a saúde pública é um bem jurídico legítimo.

No que diz respeito às demais definições, a lógica utilizada é um pouco diferente. As concepções formuladas por Dina Czeresnia, Milton Terris e Edmundo Granda, partem de outra perspectiva de saúde pública. Na visão desses autores, o conceito flutua entre uma prática, um conhecimento e uma ciência. Especificamente falando, Dina aponta que a saúde pública seria um conjunto de práticas e conhecimentos que visam à promoção da saúde, Milton Terris aduz ser uma ciência de prevenção de doenças e promoção da saúde e Granda a define como uma prática social. Os três conceitos se equivalem em um ponto, nenhum deles restringe o alcance do conceito ao empirismo da saúde. Os três autores trabalham com uma concepção mais abstrata, ligada ao conhecimento científico. Diante disso, incompatíveis também serão ao conceito garantista e monista-pessoal do bem jurídico. Para que o bem jurídico seja legítimo, é necessário que ele possua um substrato de realidade, que seja verificável nas relações sociais, e que seja útil ao indivíduo:

O Direito Penal não pode proteger valores em si, mas realidades existenciais concretas (de caráter material ou imaterial), que só alcançam o status de bens jurídicos quando apresentam valor funcional para seus titulares e para a sociedade⁶⁹.

⁶⁹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016, p. 636.

Não obstante, só se caracteriza como um bem jurídico legítimo aquilo que se pode contestar sob o aspecto da lesividade:

Com isso, só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesionado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação. No âmbito dos estreitos limites do injusto penal, não basta caracterizar, assim, um valor como bem jurídico que possa ser reduzido, direta ou indiretamente, a sua característica de personalidade, senão que deve afetar, antes de tudo, a pessoa humana. É preciso que esse valor apresente, ademais, substancialidade, de forma que se possa fundamentar um procedimento de demonstração da lesão ou da posição de perigo sofrida⁷⁰.

Como bem preceitua Santiago Mir Puig, a elevação de um bem a bem jurídico penal afastado da realidade pode conduzir “à evaporação do conceito de bem jurídico, ao privá-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito penal deseja proteger”⁷¹. O conhecimento, a prática e a ciência não existem por si mesmas, não são lesionáveis, e, portanto, não podem ser objeto de proteção do direito penal⁷². Assim, não será possível sustentar a legitimidade da saúde pública, nos casos ora analisados, uma vez que não constituem uma realidade concreta e, por essa razão, não são passíveis de lesão.

Por todo o exposto, conclui-se que a “saúde pública” não pode ser erigida a um bem jurídico penal autêntico, seja em razão de sua

⁷⁰ No original: “Normalmente, para los efectos delimitativos, los bienes jurídicos prescinden de cualquier clasificación, porque todos deben tener origen en la persona humana.” (TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 47).

⁷¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, parte general**. Barcelona: Reppertor: 2011, p. 163.

⁷² “Já sob o enfoque da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública –, seja porque não possuem qualquer realidade existencial (são vazios, estéreis), seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais”. (CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 648).

vagueza conceitual, seja por representar nada mais do que a somatória de bens individuais.

6. Conclusão

A saúde pública, pelo que foi visto, é o bem jurídico tutelado pelas leis penais brasileiras desde 1890. De lá para cá, diversas alterações legislativas ocorreram, mas ela nunca deixou de ser um bem relevante e passível de proteção aos olhos do legislador. Apesar disso, não se sabe ao certo por que o legislador brasileiro decidiu tutelá-la, principalmente quando se fala nos tipos penais voltados para o uso e venda de substâncias tornadas ilícitas.

Da mesma forma, não se sabe qual conceito de saúde pública o legislador se valeu quando a identificou como um efetivo bem jurídico. A título exemplificativo, não há na exposição de motivos do Código Penal ou das últimas leis de drogas editadas (Lei nº. 6.368/76 e Lei nº. 11.343/06), qualquer tentativa de definição do que se estava a proteger.

Sem a devida delimitação do que se entende por saúde pública, não é possível dizer se a proteção pretendida pelo Estado de fato é legítima ou não. Por isso, no capítulo de número 02 (dois), três concepções gerais, com distintas origens, foram analisadas: um de natureza gramatical, outro jurídico e o último das ciências médicas. Com um ponto de partida definido, esses conceitos foram confrontados com a teoria monista-pessoal de Hassemer e com os critérios de identificação de falsos bens jurídicos coletivos de Hefendehl. A escolha pela teoria personalista se deu por se entender que ela é a mais condizente com um Estado Democrático de Direito, porquanto mais restritiva.

Para Hassemer, bens jurídicos são interesses humanos que necessitam de proteção penal. Contudo, nem todo interesse pode ser erigido a bem jurídico, mas tão somente aqueles capazes de serem encontrados nas relações sociais concretas, ou seja, que possuam um substrato de realidade e que tenham como objetivo o desenvolvimento das necessidades vitais do homem. O bem jurídico coletivo nessa teoria só será aceito se estiver apto e voltado a servir a interesses humanos. Dessa forma, a pessoa humana continua sendo o foco da proteção jurídica, na medida em que o bem jurídico supraindividual se subordina ao indivíduo, servindo-lhe como uma utilidade ao seu livre desenvolvimento. Essa definição de Hassemer restringe o âmbito de atuação do Estado e funcionaliza a proteção penal em razão do indivíduo e de sua personalidade individual.

Adotando-se a teoria personalista, corrigida com os critérios formulados por Hefendehl, quais sejam a não exclusividade do uso, a não rivalidade do consumo e a não distributividade conceitual, fática ou jurídica, o conceito de bem jurídico afirma seu caráter limitativo e passa a servir como um instrumento de identificação de falsos bens supraindividuais.

Com vistas a isso, no capítulo 05 (cinco), após assentados os critérios limitativos da teoria do bem jurídico e definidos os três principais conceitos de saúde pública, estes foram submetidos àqueles, com o intuito de se aferir a sua legitimidade dentro de um sistema garantista de direito penal.

O primeiro conceito, que fora encontrado no dicionário da Real Academia Espanhola, por não fazer qualquer referência à coletividade, não pôde ser erigido a bem jurídico penal supraindividual.

A definição do Ministro Vicente Cernicchiaro e a definição de “enfermologia social”, de Edmundo Granda, também não puderam representar um bem jurídico coletivo, por importarem em uma soma de saúdes individuais. Como foi visto, adotando-se o requisito da não distributividade conceitual, fática ou jurídica, formulado por Hefendehl, nenhum bem coletivo será legítimo se puder ser dividido e gozado individualmente por cada cidadão.

De igual modo, o conceito formulado por Renato de Mello Jorge Silveira se mostrou incompatível com a definição personalista adotada. Nela, o indivíduo deixa de ser o foco do direito penal, para que o Estado ou suas instituições sejam protegidos. Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a pessoa humana ocupe o primeiro plano da proteção jurídica, sendo um fim em si mesmo. A saúde pública, sob essa perspectiva, não funcionaliza o ser humano a partir de sua proteção, pelo contrário, o que se tem é uma restrição de direitos e garantias pela invasão do Estado na esfera privada do cidadão.

Por fim, analisando as concepções formuladas por Dina Czeresnia, Milton Terris e Edmundo, foi possível perceber um distanciamento indesejado da realidade. Os três autores tratam a saúde pública do ponto de vista acadêmico, como um objeto de estudo. Dessa forma, incompatíveis também são com um conceito restritivo de bem jurídico. Pela teoria personalista, é necessário que o valor protegido possua um substrato de realidade, ou seja, que possa ser verificável na realidade social e passível de lesão por uma conduta. Por certo que o conhecimento, a prática, a arte e a ciência não são lesionáveis, portanto, não podem ser objeto de proteção do direito penal.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a saúde pública, independente do conceito que se adote, é um falso bem jurídico supraindividual.

Referências

AYRES, Uma concepção hermenêutica de saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1): 43-62, 2007.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade; Tradução Sebastião Nascimento; – São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. – 11. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. *In: CZERESNIA, Dina. Promoção da saúde*: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Rev. e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. *In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. 10 anos da lei de drogas*: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – Salo de Carvalho. – 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. **El Derecho Penal de La Empresa desde una Visión Garantista**. Metodología, Criterios de imputación y tutela Del patrimonio social. – Montevideo: Ibdef. 2005.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; FILHO, Naomar de Almeida. Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica. **História, Ciências, Saúde** - Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):315-33, maio-ago, 2002.

CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Rev. e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. Constatações sobre a política repressiva antidrogas: Seletividade penal e falácia do bem jurídico

saúde pública. *In*: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016.

GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista hispanolatinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez, 1991.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. *In*: GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez, 2010.

LISZT, Franz Von. **Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senador Federal, 2006.

MEDEIROS, Patrícia Flores; BERNADES, Anita Guazzelli; GUARESCHI, NEUZA. O Conceito de Saúde e suas Implicações nas Práticas Psicológicas. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, set-dez, 2005, Vol. 21 n. 3, pp. 263-269.

PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. Saúde coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? **Rev. Saúde Pública**, 32 (4): 299-316, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – 2ª Ed. / Claus Roxin; tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Atual y ampl, Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONTROLE DO RISCO, IMPUTAÇÃO OBJETIVA E LEGALIDADE PENAL: UM ENSAIO SOBRE OS REQUISITOS DE LEGITIMIDADE DAS TÉCNICAS DE REENVIO NO DIREITO PENAL¹

RISK CONTROL, OBJECTIVE IMPUTATION AND CRIMINAL LEGALITY: AN ESSAY ON THE LEGITIMACY REQUIREMENTS OF CRIMINAL LAW REFERENCE TECHNIQUES

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p69-94

Rodrigo J. S. Amaral

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Data de recebimento: 02/09/2020

Data de aceite: 19/11/2020

Última versão do autor em: 02/09/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

O presente artigo versa sobre questões que envolvem o princípio *nullum crimen sine lege* e as técnicas de reenvio no direito penal, que representam modernamente um ponto de aparente tensão. Partindo da premissa que todo poder estatal deve ser justificado para ser considerado jurídico, investiga-se os fundamentos do princípio da legalidade penal em um Estado de Direito. Para estabelecer critérios de aferição de legitimidade nos tipos penais que contêm técnicas de reenvio, utiliza-se a teoria da imputação objetiva como parâmetro de comparação. Este estudo foca nos aspectos formais da redação legal dos tipos penais, ficando em aberto o conteúdo da norma remetida.

¹ Versão modificada do artigo de conclusão da disciplina “Direito Penal Econômico”, ministrada pelo Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza no PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2018.

Palavras-chave:

Legalidade; Tipicidade; Risco permitido.

Abstract:

This article deals with issues involving the *nullum crimen sine lege* principle and reference techniques in criminal law, which modernly represent a point of apparent tension. Based on the premise that all state power must be justified to be considered legal, the grounds of the *nullum crimen* principle in the rule of law are investigated. To establish criteria for the measurement of legitimacy in criminal types containing reference techniques, the theory of objective imputation is used as a benchmark. This study focuses on the formal aspects of the legal writing of criminal types, leaving open the content of the legal source of the reference technique.

Keywords:

Legality; Typicity; Allowed risk.

Sumário: 1. Introdução; 2. Um panorama geral sobre as técnicas de reenvio no direito penal; 3. Exposição da controvérsia; 4. Os fundamentos do princípio da legalidade penal; 5. Enfrentamento do problema; 6. O âmbito de aplicação do teste proposto; 7. A remissão a atos administrativos e a reserva legal penal; 8. Sobre o conteúdo remetido; 9. Conclusão.

1. Introdução

Direito penal clássico *versus* direito penal moderno. Tutela de bens jurídicos individuais, em regra por delitos de lesão *versus* tutela de bens de natureza coletiva, não raro por meio de delitos de perigo. Criminalidade individual *versus* criminalidade organizada por meio de estruturas complexas. Liberdades individuais *versus* medidas preventivas de segurança. Análises dessa natureza têm sido frequentes² quando se trata de versar sobre assuntos que envolvam tipos penais mais recentes, frequentemente de caráter econômico ou empresarial.

Se esse tipo de abordagem no enfrentamento do tema é correto ou errado, não cabe aqui responder. Em vez disso, o objeto deste estudo é a análise das denominadas técnicas de reenvio em matéria penal, que têm sido cada vez mais usadas pelo legislador, simbolizando uma das

² Vide, por exemplo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed., rev. e atual. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145 e ss.

formas características de redação de tipos penais em matéria econômica de uma forma geral. Trata-se de uma tendência que tem como fundamento uma suposta necessidade de delimitar o conteúdo do injusto de condutas com um elevado grau de especialização, fazendo com que seja preciso ancorar-se em critérios estabelecidos por quem, em tese, é especialista no assunto³.

O presente estudo segue o seguinte roteiro: primeiramente, uma breve exposição sobre as técnicas de reenvio e suas respectivas particularidades (1). Após, é exposta a natureza da discussão sobre a legitimidade das citadas técnicas à luz do princípio da legalidade penal (2). Com isso, o próximo passo é a análise dos fundamentos do *nullum crimen sine lege* para um Estado de Direito (3). Assim, torna-se possível avaliar não só se as técnicas de reenvio respeitam os postulados da legalidade penal, mas quais requisitos devem estar presentes para que isso seja possível (4). Ver-se-á, em seguida, a capacidade de rendimento da proposta aqui apresentada (5). Por fim, serão necessárias algumas palavras, de forma superficial, sobre a reserva legal penal e a remissão a atos administrativos (6), bem como o problema do conteúdo remetido pela técnica de reenvio (7).

2. Um panorama geral nas técnicas de reenvio no Direito Penal

Resumidamente, a doutrina brasileira normalmente reconhece quatro⁴ técnicas de reenvio no direito penal: (i) a lei penal em branco; (ii) o tipo aberto; (iii) o elemento normativo do tipo; (iv) a remissão a atos administrativos concretos.

A *lei penal em branco* e o *tipo aberto* são espécies do gênero *lei penal incompleta*, tendo em vista tratarem-se de tipos penais cujo preceito primário é incompleto *per se*. Ou seja, o conteúdo da totalidade do desvalor da conduta delitiva não se encontra na simples descrição do texto do tipo penal, necessitando assim de uma forma de complemen-

³ GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 33.

⁴ Por exemplo: GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., 2014, p. 19; HORTA, Frederico. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 483-494, 2017, p. 483.

tação. É justamente na forma de preenchimento do conteúdo do tipo que se diferencia a lei penal em branco do tipo aberto: na primeira, o complemento vem de outra norma, enquanto no último esse complemento é realizado pelo próprio jurista que fará a hermenêutica do texto legal⁵. Um exemplo de lei penal em branco é a figura típica de emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”, disposto no artigo 178 do Código Penal (CP), que pune quem “emitir conhecimento de depósito ou warrant, *em desacordo com disposição legal*”. O conteúdo do injusto, nesse caso, é complementado pela Lei 11.076/2004⁶. É por isso que o ato de emitir conhecimento de depósito ou warrant não constitui um injusto *per se*, sendo necessário que o verbo seja realizado em desacordo com o regulado pela Lei 11.076/2004.

A figura do tipo aberto, por sua vez, é objeto de controvérsia. O termo vem da proposição de Welzel⁷ em diferenciar tipos abertos e fechados, em que os primeiros enumeram objetivamente todos os pressupostos da ilicitude, enquanto os segundos não indicam *per se* o conteúdo inteiro do injusto, demandando, assim, um complemento. Para o autor, os tipos abertos possuem algum elemento a ser averiguado na antijuridicidade⁸, mediante características especiais do dever jurídico, como, por exemplo, o delito de coação previsto no § 240 do Código Penal alemão⁹, pois existem hipóteses de coação adequadas

⁵ Nesse sentido, GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 28.

⁶ Cujo artigo 14 dispõe, *in verbis*: “Incorre na pena prevista no art. 178 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal aquele que emitir o CDA e o WA em desacordo com as disposições desta Lei”.

⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 86-87.

⁸ Para o professor alemão, existem tipos abertos cuja complementação é feita em termos deduzidos pela lei (como a “posição de garante” ou o “cuidado necessário no tráfego”), que, pela objetividade inerente à complementação, não se diferenciam muito dos tipos fechados. Por outro lado – prossegue Welzel –, existem tipos abertos em que falta esse critério objetivo. É justamente nesta segunda constelação de casos que o professor alemão dizia ser necessária a averiguação do elemento normativo na antijuridicidade. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 81-82.

⁹ O dispositivo é similar ao constrangimento ilegal, contido no art. 146, CP. A redação do dispositivo alemão assim dispõe: “Quem coage ilegalmente uma pessoa, mediante violência ou ameaça de um mal sensível, a agir, tolerar ou omitir é punido com pena de prisão até três anos ou multa” (tradução livre do original: “Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem

ao Direito¹⁰. Os adeptos da teoria dos tipos abertos incluem neste rol os delitos culposos¹¹ e os omissivos¹², por exemplo. Roxin¹³, por outro lado, nega a existência de tipos abertos, tendo em vista que, se o tipo penal constitui um juízo provisório acerca do desvalor da conduta, não pode esse ser neutro a respeito da característica de injusto da conduta subsumida. A segunda posição parece ser a correta, na medida em que um juízo de tipicidade sempre indicará, mesmo que provisoriamente, o desvalor jurídico-penal da conduta, que consiste na ameaça ao valor tutelado pela norma, sendo inviável pensar numa conduta típica que seja neutra do ponto de vista axiológico. Portanto, em que pese o fato que os delitos culposos e omissivos demandam um exercício hermenêutico para o preenchimento de seu significado, não é correto concluir que tais casos não encerram um juízo valorativo, mesmo que heurístico, já no nível da tipicidade. Ademais, de qualquer forma o juízo valorativo a nível de tipicidade sempre será provisório, pois uma conduta só será considerada ilícita após o exame da antijuridicidade.

Prosseguindo com a exposição, *elemento normativo do tipo* é tudo aquilo que precisa ser interpretado por meio de uma norma jurídica ou cultural¹⁴, não sendo possível recorrer a uma descrição simples para a sua valoração¹⁵. Um exemplo de elemento normativo do tipo penal é o termo “instituição financeira”, contido em diversas figuras delitivas¹⁶ da Lei 7.492/1986, que regula os crimes contra o sistema financeiro

empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”).

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal...* op. cit., p. 87. O próprio tipo penal, conforme visto na nota anterior, exige que a coação seja realizada “ilegalmente” (“rechtswidrig”).

¹¹ GUARAGNI, Fábio André. *Op. cit.*, p. 29-30.

¹² WELZEL, Hans. *Derecho penal...* op. cit., p. 88.

¹³ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 298.

¹⁴ HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 27-28.

¹⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 147.

¹⁶ Para dar um exemplo, *in verbis*: “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio”.

nacional. Além disso, a condição de “funcionário público” contida em muitos delitos¹⁷ contra a administração pública também é um elemento normativo do tipo, assim como o termo “drogas” contido nos crimes da Lei 11.343/2006¹⁸.

Por fim, há a *remissão a ato administrativo concreto*. Como o próprio nome sugere, trata-se da técnica de fazer referência a algum ato administrativo (licença, vedação, autorização, entre outros) na redação do tipo penal¹⁹. Um exemplo está contido no artigo 29 da Lei 9.605/98, que tipifica o ato de “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*”. Para fins de esclarecimento, pense, por exemplo, no ato de matar um animal silvestre: para o juízo de tipicidade, será necessário analisar se a conduta fora realizada sem permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com tal ato.

3. Exposição da controvérsia

O *modus operandi* das técnicas de reenvio – o deslocamento de algum elemento do tipo penal para fora da redação literal do dispositivo – é objeto da seguinte controvérsia: essa metodologia não seria contraditória com o paradigma da legalidade penal?²⁰ Horta²¹, por exemplo, aduz que essas técnicas “são evidentes pontos de tensão na relação entre a tipicidade e a legalidade.”. Ao transferir parte do conteúdo da tipicidade para um dispositivo diverso, estaria o legislador violando a proibição de indeterminação? Além disso, todas as técnicas de reenvio devem ser tratadas da mesma forma, ou as suas diferenças demandam aferições de diferentes qualidades?

¹⁷ Tais figuras típicas estão contidas a partir do artigo 312, CP. Por exemplo, *in verbis*: “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

¹⁸ Por exemplo, *in verbis*: “Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

¹⁹ GUARAGNI, Fábio André. *Op. cit.*, p. 42.

²⁰ Cf. ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50, que defende um uso prudente dessas técnicas diante do perigo de violação dos postulados da legalidade penal.

²¹ HORTA, Frederico. *Op. cit.*, p. 483.

E mais: nos casos de remissão para normas administrativas, ocorre violação à reserva legal? O fato de haver transferência de parte do conteúdo do injusto penal para a norma administrativa acarreta a violação, por exemplo, das questões inerentes à separação de poderes²²? Além disso, em razão de os diversos Entes da Federação serem competentes para dispor sobre normas administrativas de natureza ambiental, questiona-se se essa falta de uniformidade seria ilegítima não só sob o prisma da legalidade, mas também da isonomia²³, tendo em vista a possibilidade de uma conduta ser concretamente proibida em um Estado da Federação e, ao mesmo tempo, permitida em outro.

A presente investigação não tem como escopo esgotar os problemas listados acima, o que seria inadequado pelo pouco espaço disponível. Em vez disso, o objetivo é contribuir para o debate apontando, ao menos, um norte para futuras respostas adequadas acerca dessas questões. Com isso, é preciso refletir sobre a *ratio* da legalidade penal para, após, observar os caminhos possíveis para a resolução desses problemas. Em outras palavras, a partir daqui o primeiro passo é definir o porquê de a atuação estatal em âmbito penal dever estar limitada à mais estrita noção de legalidade.

4. Os fundamentos do princípio da legalidade penal

Atribui-se ao princípio da legalidade penal quatro elementos constitutivos: lei prévia, escrita, estrita e certa²⁴. Lei prévia equivale à

²² Problema apontado por LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos*: parte geral. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁴ “*Sub specie juris*, não existe crime ‘sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo *costume*.” (grifos no original). HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo I**: arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 13. Isso constitui ponto pacífico na doutrina, podendo-se citar, adicionalmente, mas sem pretensões de exaurimento: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-116; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 60-61; SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 21-25; STORNINI, Natalia S. Consecuencias del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. **Revista jurídica argentina La Ley**: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010, p. 1111-1123, 2011, p. 1113.

irretroatividade *in malam partem* da lei penal, prescrevendo só ser possível a aplicação da lei penal quando essa for anterior ao cometimento do delito, salvo nas hipóteses em benefício do agente²⁵. O postulado da lei escrita estabelece que a validade da norma penal (crimes e penas) só é verificada quando esta for escrita, estando vedada a aplicação de analogia para ampliar o alcance da lei. A lei estrita proíbe a criação de tipos penais e penas por meio do direito costumeiro. Por fim, a lei certa estabelece o postulado da proibição de indeterminação, o que significa que está proibida a criação de normas penais de significado incerto, duvidoso ou indeterminado. Para ter uma reflexão mais exata sobre o conteúdo do princípio da legalidade penal e a razão desses postulados, é preciso refletir sobre os seus fundamentos.

Uma primeira constelação de autores defende o *princípio da culpabilidade como fundamento da legalidade*²⁶. Aqui, o raciocínio é que só pode haver culpabilidade quando presente o conhecimento da norma violada por parte do agente, levando à conclusão de que a legalidade seria necessária para a constituição da culpabilidade. Apesar do acerto dessa correlação, a culpabilidade não pode ser fundamento da existência do princípio da legalidade penal. Em primeiro lugar, por ser possível ter ciência de uma proibição que não seja lei escrita – por exemplo, anúncios pelos meios de comunicação, cartazes em vias públicas, entre outros. Em segundo lugar, fica pendente de justificativa a existência da lei certa na cominação de penas, haja vista que, se fosse a legalidade mera condição para a formação da culpabilidade, não parece necessária a determinação da pena correspondente ao delito. É possível, inclusive, sustentar o contrário: uma cominação indeterminada permitiria ao magistrado mais espaço para a fixação de uma reprimenda que seja proporcional ao delito cometido²⁷.

Em segundo lugar, há teses que *interligam a legalidade penal com o princípio democrático ou a divisão de poderes*²⁸. Nessa linha, seria a legalidade

²⁵ Art. 5º, XL, CRFB/88 e art. 2º, CP.

²⁶ Criticamente, BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 46-47; GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 187-188.

²⁷ Sustentando que o princípio da legalidade “vai mais longe que as exigências do princípio da culpabilidade”, AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 86.

²⁸ Cf. REALE JR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

inerente às noções de democracia e divisão de poderes, tendo em vista que só lei federal pode regular matéria penal. Essa construção também possui defeitos irremediáveis: não esclarece por qual razão estão proibidas a retroatividade e a analogia *in malam partem*. Adicionalmente, é possível a existência de uma norma em sentido amplo que seja anterior, taxativa, estrita e escrita, mas não editada pelo Poder Legislativo Federal. Por fim, não seria correto afirmar a legalidade como elemento exclusivo dos regimes democráticos, pois também é possível, em tese, o respeito de todos os postulados da legalidade em um Estado não democrático, bastando, para isso, somente a vontade do detentor do poder político. Portanto, inexistem elementos que indiquem uma relação necessária entre legalidade e divisão de poderes ou democracia.

Uma terceira corrente sustenta que *a legalidade existe para proteger a confiança dos cidadãos na segurança jurídica*²⁹. Nesse contexto, teria a legalidade a finalidade de garantir que a atuação estatal seja dotada de previsibilidade, conferindo aos cidadãos uma desejável confiança de que estão agindo dentro ou fora da esfera do lícito, bem como a consciência das consequências jurídicas de uma hipotética transgressão³⁰. Apesar de um certo grau de acerto nesse pensamento, ele é inidôneo para justificar adequadamente a qualidade categórica do princípio da legalidade penal. O grande problema, aqui, é que a legalidade penal não é uma condição lógica necessária para a segurança jurídica. Dessa forma, caso se demonstrasse que tal segurança poderia ser conferida por outra forma, a legalidade tornar-se-ia, no mínimo, descartável. Pense-se, por exemplo, que é possível sustentar que as pessoas teriam mais confiança caso a tipificação de crimes fosse realizada por meio de propagandas frequentes, em vez de ser realizada numa lei escrita (argumento similar ao utilizado *supra* para refutar a legalidade como um pressuposto da culpabilidade). Como consequência disso, a legalidade ficaria sempre suscetível a outras noções de utilidade, podendo ser relativizada caso fosse conveniente para a política criminal concreta do momento. Por essas razões, apesar de a segurança jurídica ser desejável, não é o que motiva a existência do princípio da legalidade penal.

Alguns juristas sustentam que a legalidade tem fundamento em mais de um desses valores de forma combinada³¹, o que aparenta ser,

²⁹ Criticamente, BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 47-48; GRECO, Luís. Lo vivo y lo muerto... op. cit., p. 190-191.

³⁰ Cf. AMARAL, Claudio do Prado. Op. cit., p. 87.

³¹ Exemplificativamente, REALE JR, Miguel. Op. cit., p. 35-36.

no mínimo, temerário. A grande questão, aqui, é definir se a legalidade penal, na forma da célebre fórmula de Feuerbach, é somente um emaranhado de regras (lei estrita, escrita, prévia e certa) ou se o conjunto forma um ente novo. Em outras palavras: o princípio da legalidade penal é na verdade a mera junção de quatro regras ou as quatro regras, quando juntadas, formam algo homogêneo? Se o princípio da legalidade penal não é a mera junção dessas regras, mas um verdadeiro princípio de natureza una, se ele representa a união indissolúvel dos postulados da lei prévia, escrita, estrita e certa, este não pode simplesmente estar fundado em diversos fundamentos na forma como alguns autores defendem.

Isso porque, conforme visto pelo exposto até aqui, essas tentativas de fundamentação da legalidade penal visam a justificar as regras ali contidas, e não o conjunto na sua forma indissolúvel. É esse o centro do problema da insuficiência das tentativas de justificação do princípio até aqui: ao buscar a fundamentação do princípio analisando-o como a mera soma das regras ali contidas, ou seja, de forma heterogênea, caiu-se repetidamente na insuficiência das justificações. É por isso que a democracia, a separação de poderes, a culpabilidade e a segurança jurídica são insuficientes para justificar a legalidade penal como um princípio de caráter homogêneo. Solucionar o problema defendendo que o *nullum crimen* se fundamenta em algum tipo de combinação desses princípios é manter a visão equivocada de que a legalidade penal é a mera soma das quatro regras já enumeradas.

E por que, então, o princípio da legalidade penal não é um mero conjunto heterogêneo de regras, mas constitui, por outro lado, um conjunto homogêneo dessas? Para compreender isso e chegar à verdadeira *ratio* da legalidade penal, é preciso entender os fundamentos do exercício de poder de um Estado de Direito, pois a legalidade estabelece justamente a forma da atuação estatal. O exercício justificado do poder estatal deve diferenciar-se de poderes diversos, como, por exemplo, aquele exercido por uma organização criminosa em uma determinada área. Veja-se, por exemplo, o incrível exercício de poder do tráfico de drogas, das máfias, das organizações paramilitares e de outros grupos não estatais ao longo da história de diferentes locais do planeta. E que essas organizações não podem ser equiparadas a um Estado de Direito, isso fica evidenciado pelo seguinte fato: quando uma organização hipotética dessas cumpre um papel que normalmente é atribuído ao Estado, como, por exemplo, a garantia da segurança em um determinado território, não raro ela

é elogiada. Por outro lado, se o Estado cumpre o seu papel, ele não é digno dos mesmos elogios, por estar, evidentemente, somente realizando medidas pelas quais ele fora concebido. Da ideia de Estado de Direito, portanto, afasta-se *prima facie* a mera concepção de uma organização que exerce poder em determinado território. Portanto, é preciso saber a diferença entre um poder estatal justificado e um mero exercício arbitrário de poder.

O Estado nada mais é que uma criação dos indivíduos para os próprios indivíduos. Em outras palavras, a atuação estatal tem como escopo viabilizar o convívio social, buscando a preservação das esferas de liberdade individuais. Didaticamente, pode-se vislumbrar o Estado como resultado de um hipotético acordo³² em que cada indivíduo dispõe de uma parcela de sua liberdade natural, para que seja possível preservar a própria liberdade como valor, visando a impedir possíveis violações dos mais fortes contra os mais fracos. Resumidamente, a finalidade é proporcionar um ambiente onde todo ser humano tenha a faculdade de desenvolver-se livre e pacificamente, desde que respeitando a liberdade dos demais³³.

Mesmo que, no nível da filosofia política, o leitor não seja partidário de uma teoria contratualista, aqui o fundamental é conceber que a ideia de Estado de Direito não pode se afastar da busca pela preservação dos direitos subjetivos. E os direitos subjetivos nada mais são do

³² A figura do pacto social, para a validade do pensamento, não depende de um efetivo acontecimento fático do acordo constitutivo da sociedade. O importante é observar a teoria como um instrumento explicativo acerca da função primordial de um Estado. Cf. KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 62-65 e 126-127; NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 18-23; RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12-24 e 127-136. Schünemann, por exemplo, defende que o contrato social “está pressuposto em toda e qualquer constituição”. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 15.

³³ Cf., por exemplo, ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86: “o consenso fundamental em nossa sociedade é precisamente aquele que determina que cada um pode desenvolver sua personalidade livremente de acordo com suas preferências, até o momento em que o desenvolvimento de outrem ou os pressupostos jurídicos desse desenvolvimento estejam lesionados.”.

que esses espaços de liberdade juridicamente preservados³⁴, de modo que é possível chegar à fórmula geral acima enumerada partindo-se simplesmente dessa ideia.

Tendo essa noção como ponto de partida, o fundamento da legalidade penal gravita na ideia de *domesticação do poder estatal*³⁵. Isso significa que o exercício do poder estatal na restrição de direitos fundamentais deve seguir parâmetros de respeito aos indivíduos, finalizando a justificação do poder, pois este é exercido instrumentalmente para a potencialização das liberdades humanas. Somente nesse contexto é possível entender a ideia de legalidade penal nas suas quatro vertentes (irretroatividade, proibição de indeterminação, vedação da analogia e proibição do uso do direito costumeiro): o princípio nada mais é que um dos requisitos necessários para a justificação do poder estatal conferido pelos indivíduos, para os indivíduos.

Sendo o direito penal um instrumento que restringe as liberdades individuais de forma mais intensa e qualificada, a legalidade penal diferencia-se de uma noção mais geral de legalidade, que permitiria recursos não permitidos em seara penal. Tratando-se de um ato extremo de coação, uma restrição direta e potente sobre direitos subjetivos, é imperativo que o poder punitivo estatal seja mais restrito, de modo que esteja justificado a todos, inclusive e principalmente ao próprio apenado.

5. Enfrentamento do problema

Feitas as necessárias anotações, cabe agora responder ao problema colocado na introdução deste estudo. A solução a ser proposta não terá caráter de tudo ou nada: não se trata de afirmar que as técnicas

³⁴ Isso porque os direitos subjetivos são dotados de uma dupla estrutura: por um lado, está a função de gozo do direito subjetivo e, por outro, a sua função de exclusão. A primeira determina que o titular do direito pode gozar do bem como bem entender e a segunda prescreve que o titular do direito está autorizado a afastar terceiros da intervenção não permitida sobre o objeto do seu direito. Dessa forma, o direito de uma pessoa não pode, por uma questão lógica, invadir a seara do direito de outrem, de modo que os direitos devem, por definição, conviver em harmonia. Sobre o tema, cf. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 111-122; RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 35.

³⁵ GRECO, Luís. Lo vivo y lo muerto... op. cit., p. 197.

de reenvio violam ou não o princípio da legalidade penal, mas sim de aduzir quais são os requisitos necessários para que não violem. Com isso, será possível afirmar quais tipos penais que contêm técnicas de reenvio efetivamente violam a legalidade penal.

O leitor pode estar se perguntando o porquê desse afastamento do tudo ou nada, na medida em que ainda não ficou claro qual seria o caminho correto. Para esclarecer isso, será necessário recorrer a uma figura cada vez mais relevante nos estudos sobre imputação no direito penal: a teoria da imputação objetiva. Trata-se de um instrumento para aferir se um delito é imputável a uma pessoa a nível de tipicidade, partindo-se da premissa de que nem toda causação naturalística de um resultado pode levar à conclusão de que este deve ser imputável ao agente. Para isso, é preciso observar, em linhas gerais, se houve a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado (desvalor da ação) e a realização deste risco no resultado (desvalor do resultado)³⁶.

Para o que aqui importa, veja-se a figura do *risco permitido*³⁷, o qual é comumente justificado pela doutrina numa ideia de ponderação de interesses³⁸. Em razão do paulatino desenvolvimento do conhecimento tecnológico ao longo dos anos, a sociedade chegou a um momento em que, em nome do incremento da qualidade de

³⁶ Cf. GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26; SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 176-177.

³⁷ Vale observar que a figura do risco permitido também é aceita por autores que não adotam a teoria da imputação objetiva do resultado nos moldes imaginados por Roxin. Por exemplo, cf. JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 243-253; FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas**. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 67-70.

³⁸ Apesar de não ser o escopo do trabalho, deixo aqui registrado que tenho as minhas dúvidas quanto à extensão e correção do argumento da ponderação de interesses. Sobre isso, Cf. GRECO, Luís. Um panorama... op. cit., p. 50-58, que alerta para os perigos da lógica consequencialista da ponderação de interesses, defendendo que ela só pode entrar em cena nos casos em que não se trata de um núcleo imponderável e absoluto de liberdade humana. Ademais, já tive a oportunidade de dissertar sobre isso em AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 57-85, 2020.

vida humana e da exploração do conhecimento científico adquirido, algumas atividades intrinsecamente perigosas são permitidas³⁹. É o caso, por exemplo, da condução de veículos automotores, em que há normas específicas que regulam essa atividade. Se, por algum motivo, o agente, apesar de respeitar as regras de trânsito, envolve-se num acidente, *a priori*⁴⁰, não gera um resultado típico, tendo em vista que o risco criado estava permitido⁴¹.

No entanto, aproveitando o exemplo do acidente de trânsito, suponha-se que o agente, respeitando todas as regras do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), tenha causado a morte de uma pessoa. A partir de uma teoria causal ou final da conduta, teria que se afirmar a ação típica de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB). A vantagem da teoria da imputação objetiva é o reconhecimento de que existem atividades perigosas que não devem ser proibidas, de modo que, se um agente age dentro das regras, a ele não deve ser imputado o resultado⁴² já no nível de tipicidade⁴³. Entretanto, a redação do tipo penal *per se* nada fala sobre isso, considerando típica a conduta de “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”. Desse modo, a

³⁹ Se essa é a melhor forma de conceituar o instituto do risco permitido, é algo que terá de ficar, aqui, em aberto. Aqui somente é possível apontar um outro caminho: muitas vezes as pessoas só poderão gozar de seus direitos subjetivos por meio de atividades perigosas, de modo que cabe ao direito determinar em que medida o risco em questão deve ser tolerado. Trata-se da ideia geral de harmonização ou conformação de esferas de liberdade, que é, na realidade, o pano de fundo do fundamento da existência do Estado, exposto brevemente *supra*, no fim do item 3.

⁴⁰ Na teoria da imputação objetiva, a norma extrapenal tem uma função importante, mas não suficiente para a determinação do risco permitido, sendo necessário observar as particularidades de cada caso concreto. Cf. *Ibidem*, p. 59-63.

⁴¹ Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002, p. 17.

⁴² “A criação de um risco permitido ou proibido aparece unida à não-observância de normas de diligência estabelecidas para o exercício de uma determinada atividade, de tal maneira que, a pessoa que as observa, ainda que cause um resultado lesivo, não responderá por este.”. SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004, p. 119.

⁴³ “Mesmo que da ação permitida advenha algum resultado danoso ao bem jurídico, apesar da observância de todas as normas de segurança orientadas para a prática da conduta, esta não será uma ação típica, seja ela praticada a título de dolo ou culpa.”. SANTIN, Janice. Op. cit., p. 183.

teoria da imputação objetiva insere um *juízo valorativo restritivo* a nível de aferição de tipicidade da conduta⁴⁴.

Um leitor mais atento poderá observar que esse juízo valorativo acerca do risco permitido muito se assemelha, por exemplo, ao termo “em desacordo com disposição legal” contido no já citado artigo 178, CP, ou à disposição “sem autorização escrita da sociedade emissora” contida no art. 2º da Lei n.º 7.492/86⁴⁵. Essa semelhança ocorre em razão da função dessas expressões nos respectivos tipos legais. Por exemplo, eliminando-se o termo “sem autorização escrita da sociedade emissora”, o art. 178, CP disporia “emitir conhecimento de depósito ou warrant”, o que significa dizer que toda emissão de conhecimento de depósito ou warrant seria um ato típico. Dessa forma, esses termos também inserem um *juízo valorativo restritivo* no que tange à delimitação da conduta típica. Em outras palavras, utilizando ainda o exemplo do art. 178, CP, caso o elemento em branco “em desacordo com disposição legal” não existisse, todas as emissões de conhecimento de depósito seriam criminosas, o que seria evidentemente abusivo. O que se fez foi delimitar, assim, quais emissões são penalmente relevantes e quais constituem condutas atípicas.

Portanto, já é possível fazer uma primeira afirmação: as técnicas de reenvio assemelham-se ao risco permitido da imputação objetiva na medida em que ambos constituírem *juízos valorativos restritivos* acerca da relevância típica de uma conduta humana⁴⁶. Pode-se chamar, assim, esse método de *teste do risco permitido*: se se aceita a teoria da imputação objetiva como forma idônea de imputação, sem questioná-la à luz da

⁴⁴ “Não há imputação, da mesma forma, se falta a realização do risco não permitido. Esclarece Roxin que, em casos de risco permitido, a imputação ao tipo objetivo pressupõe a infração do limite autorizado e, com isso, a criação de um perigo não permitido.”. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 52; “se certos resultados acontecem em decorrência deste risco permitido, não se pode imputar um prejuízo ocorrido a quem se manteve dentro deste limite.”. BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 192.

⁴⁵ *In verbis*: “Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”.

⁴⁶ Segundo vejo, o primeiro, ao menos no Brasil, a observar essa semelhança foi GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006, p. 167-171.

legalidade penal, não há motivos para deslegitimar uma técnica de reenvio *se esta cumpre uma função análoga* à do risco permitido, que é a de restrição do âmbito do penalmente relevante.

Um observador mais exigente ainda não ficará satisfeito com o teste do risco permitido, tendo em vista que, apesar de sua força intuitiva, ainda não está respondida a principal questão das técnicas de reenvio: como essas figuras podem se harmonizar com o princípio da legalidade penal? Para que isso ocorra, o conteúdo-base do injusto precisa estar disposto na norma. Isso significa que a conduta típica deve estar expressa de forma clara na redação do tipo penal correspondente. Usando o citado exemplo do art. 2º da Lei n.º 7.492/86, sua conduta típica consistirá sempre em “imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação” um “certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”, desde que “sem autorização escrita da sociedade emissora”. Portanto, aqui fica claro o conteúdo da proibição: a realização de um verbo (“imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação” “certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário”) em desacordo com uma certa condição (“sem autorização escrita da sociedade emissora”).

Essa configuração pode ser traduzida na seguinte equação: V (verbo proibido) + C (condição em que a realização do verbo está proibida) = T (conduta típica). Sempre que um tipo penal se utilizar de uma técnica de reenvio para dispor somente sobre C , a legalidade penal estará respeitada. E isso porque, dentro dessas condições, a técnica de reenvio terá sempre caráter *delimitativo* e *não constitutivo* do conteúdo do tipo penal. Ou seja, o conteúdo-base da conduta proibida é V , motivo pelo qual o substrato significativo do verbo que constitui o tipo nunca poderá ser remetido a outra norma. Portanto, para a determinação do âmbito do proibido, o essencial à luz da legalidade penal é a constatação do significado do verbo proibido. As circunstâncias em que a conduta deve ser executada não são constitutivas do conteúdo do tipo penal.

Ou seja, quando um cidadão for condenado pelo cometimento de um tipo penal que contenha uma técnica de reenvio, ele precisa ter a ciência de que realmente realizou a conduta descrita no texto legal. Com isso, o poder estatal estará *justificado* no plano da legalidade. E isso só será possível quando o conteúdo-base constitutivo da conduta típica – isto é, o significado do verbo a ser realizado – *estiver contido na redação do tipo penal*. Não faria sentido para o próprio indivíduo questionar,

dentro da citada fórmula “ $V + C = T$ ” que C tenha sido remetido a outra norma, tendo em vista que essa técnica tem o condão de *limitar o âmbito de alcance do tipo penal*. Eliminar C do texto legal acarretaria um significativo incremento do âmbito do tipicamente relevante. Em outras palavras, quando a técnica de reenvio é feita nesses moldes, pode-se dizer que a mesma, ao estabelecer uma margem de atuação análoga ao risco permitido, possui a função de limitar as hipóteses de incidência do tipo penal, o que significa, dentro do contexto da opção política pela criminalização da conduta, um incremento nas possibilidades de ação legítima.

Pelo exposto, o *teste do risco permitido* é um instrumento idôneo para a aferição de legitimidade de uma técnica de reenvio, na medida em que, sempre que uma lei passar nesse teste, significará que essa técnica possui caráter *meramente delimitativo* do desvalor da ação. Dessa forma, a técnica de reenvio jamais poderá exercer uma função constitutiva do conteúdo de um tipo penal. Assim, quando a técnica de reenvio exercer função análoga ao risco permitido, ela será legítima à luz da legalidade penal.

6. O âmbito de aplicação do teste proposto

Um exemplo de figura típica que não passa no teste proposto é o artigo 68 da Lei 9.605/98: “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. Verifique que “deixar de cumprir” é um verbo que, *per se*, nada diz. É possível deixar de cumprir uma ordem, uma obrigação moral imposta por si mesmo ou uma promessa, por exemplo. Isso porque “deixar” e “cumprir” são verbos transitivos, ou seja, necessitam de um complemento para que tenham sentido dentro de uma oração. O elemento em branco (“obrigação de relevante interesse ambiental”) complementa o significado do verbo típico, o que significa que possui, assim, *caráter constitutivo* do tipo penal.

Por outro lado, o delito do art. 2º, IV da Lei 8.137/90 tipifica a conduta de “deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”. “Aplicar” e “deixar de aplicar” também são verbos que necessitam de complemento, que podem ser, *in casu*, “incentivo fiscal” ou “parcelas de imposto por órgão ou entidade de desenvolvimento”. Apesar de a técnica de reenvio também complementar o conteúdo do verbo, aqui há uma diferença essencial. Ao passo que o art. 68 da Lei

9.605/98 complementa o conteúdo do verbo com um elemento em branco, o art. 2º, IV da Lei 8.137/90 faz o mesmo por meio de elementos normativos do tipo.

Enquanto o elemento normativo do tipo mantém o desvalor da ação contido na sua própria redação legal, a lei penal em branco constitui um tipo aberto, ou seja, o seu elemento em branco remete um conteúdo do desvalor da ação para outra norma. Essa diferenciação será decisiva, pois demonstra que o *teste do risco permitido* só é um instrumento idôneo para excluir a legitimidade à luz da *lege certa* de um elemento em branco, mas não dos elementos normativos do tipo. Em outras palavras, retornando à fórmula “ $V + C = T$ ”, os elementos normativos do tipo, na medida em que não deslocam um conteúdo do desvalor da ação para fora do tipo, podem complementar o significado de V , enquanto os elementos em branco só podem estar contidos em C .

É possível, agora, valorar positivamente a legitimidade do art. 2º, IV da Lei 8.137/90 à luz do teste do risco permitido. Dentro da fórmula proposta, os seus elementos normativos (“incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”) estão complementando o significado de V . Já o seu elemento em branco (“em desacordo com o estatuído”) somente limita o alcance do verbo “aplicar”, estando contido, portanto, em C .

Vale, ainda, observar mais um exemplo. Trata-se do delito de evasão de divisas, tipificado no art. 22 da Lei 7.492/86, cujo *caput* proíbe o ato de “efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. Fazendo-se uma avaliação da fórmula “ $V + C = T$ ”, deve-se atentar para o fato de que a constituição de V se limita ao termo “efetuar operação de câmbio”, estando a característica “não autorizada” presente em C . Uma leitura apressada poderia concluir que o predicado “não autorizada” pertenceria a V , o que levaria à equivocada conclusão de que a figura típica não passaria pelo teste do risco proibido. No entanto, veja-se que para uma sentença o que importa é o seu conteúdo significativo, e não a forma como está empregada, visto que existem maneiras diferentes de expressar a mesma coisa. Dizer, por exemplo, que “Leslie venceu a eleição” significa a mesma coisa que afirmar que “a eleição foi vencida por Leslie”⁴⁷. Para a fórmula aqui proposta, o predicado “não autorizada” faz parte de C , isto é, representa a

⁴⁷ Exemplo extraído de COPI, Irving M.; COHEN, Carl; McMAHON, Kenneth. **Introduction to logic**. 14ª ed. Harlow: Pearson, 2014, p. 4.

condição em que o verbo está sendo realizado. Uma frase com o mesmo conteúdo de significação seria “efetuar operação de câmbio, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”. Em suma: nem toda operação de câmbio é proibida, mas somente aquelas não autorizadas pelo detentor do poder público, havendo, portanto, uma restrição do âmbito de alcance do verbo típico. Portanto, visto que somente um elemento normativo do tipo – “operação de câmbio” – faz parte de *V*, a figura típica da evasão de divisas passa pelo teste do risco permitido⁴⁸.

É possível delimitar com mais clareza quando uma técnica de reenvio é delimitativa ou constitutiva do conteúdo do injusto. Por exemplo, pense-se no exemplo do furto, tipificado no art. 155, CP, que proíbe a conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. O termo “alheia” é um elemento normativo do tipo, que realiza a função não de complementar, mas de delimitar o alcance do verbo “subtrair”. Como é possível chegar a essa conclusão? Aqui propõe-se um exercício de eliminação hipotética do elemento normativo da redação do tipo penal. No exemplo do furto, eliminando-se “alheia”, a redação seria “subtrair, para si ou para outrem, coisa móvel”. Dessa forma, o texto continua sendo inteligível, ou seja, é possível entender o conteúdo da proibição. Por outro lado, quanto ao citado artigo 68 da Lei 9.605/98, o qual afirmei ser ilegítimo em razão de a técnica de reenvio constituir o significado do verbo proibido, eliminando-se tal técnica, ficaria assim redigido: “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir”. Aqui, o leitor possivelmente está indagando: *cumprir o quê?*

Pode-se ver, dessa forma, que *uma técnica de reenvio será constitutiva do desvalor da conduta quando não for possível suprimi-la sem fazer com que o significado do verbo fique ininteligível*. Por outro lado, se se eliminar mentalmente a técnica de reenvio e a redação do tipo penal continuar tendo um significado inteligível, essa técnica será meramente restritiva do significado do verbo contido no tipo. Essa conclusão é lógica partindo-se do conceito de *necessidade*: será necessário num conceito tudo aquilo que não puder ser suprimido sem que o conceito deixe de existir.

⁴⁸ Entendendo que as figuras típicas do delito de evasão de divisas estão “devidamente especificadas”, mas sem explicar suficientemente o porquê, FORNAZARI JUNIOR, Milton. A legitimidade do crime de evasão de divisas como norma penal em branco e sua legislação integradora. **Revista Criminal**: ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 181-206, 2008, p. 183-184.

Assim, quando um determinado trecho da redação legal é elemento necessário do injusto, então ele *constitui* aquele injusto. Quando o trecho não é elemento necessário do injusto, então ele somente limita a sua incidência. Com isso, parece possível ajustar a fórmula inicial “ $V + C = T$ ”: “ $N + C = T$ ”, onde N representa todos os elementos necessários do injusto (verbo + seu complemento constitutivo) e C é o complemento que determina em que condições a conduta deve ser realizada para ser proibida e que, portanto, limita a incidência do tipo penal. Nessa fórmula, somente os elementos normativos do tipo podem fazer parte de N , jamais os elementos em branco, que só poderão integrar C .

7. A remissão a atos administrativos e a reserva legal penal

Merece especial reflexão, ainda, a questão da remissão a ato administrativo concreto. Isso porque existem duas formas de remissão ao direito administrativo: (i) por meio do uso de um *elemento em branco*, transferindo o seu conteúdo para o âmbito administrativo; ou (ii) a *remissão a um ato administrativo concreto*, que mantém o desvalor da ação na redação do tipo penal. Deve-se ter em vista que o teste acima foi formulado sob a estrita ótica da taxatividade do tipo penal, sem considerar o problema da reserva de competência do legislador federal para criar crimes e penas.

Apesar de ambos manterem o conteúdo do desvalor da ação na redação do tipo penal, o elemento normativo do tipo difere intrinsecamente da remissão a ato administrativo concreto. Enquanto o primeiro diz respeito somente à fonte de aferição do significado de um termo, o segundo constitui um ato efetivo do Poder Executivo. Dessa forma, os institutos não operam sob a mesma lógica, de modo que o elemento normativo do tipo é dotado de universalidade, enquanto o ato administrativo é casuístico. Para ser mais claro, observe-se que o já citado termo “alheia” do furto tem vigência universal, o que significa que o *conceito* de coisa alheia móvel não muda conforme o caso. Por outro lado, o ato administrativo concreto é eminentemente casuístico: o fato de a Administração Pública conferir uma licença a A não significa necessariamente que conferirá a B .

Além disso, o elemento normativo do tipo é *conceitual*, enquanto o ato administrativo é *permissivo*. Em outras palavras, a técnica de reenvio no art. 155, CP tem como escopo *definir o que é* “coisa alheia móvel”. Por outro lado, um ato administrativo concreto tem o condão de versar sobre a *permissão* de uma conduta do particular, dentro de certos parâ-

metros estabelecidos pela Administração Pública. Veja-se, portanto, que a remissão a ato administrativo diz respeito a um juízo de valor concreto do Poder Executivo sobre uma pretensão igualmente concreta. Por outro lado, o elemento normativo do tipo diz respeito a um conceito geral, sem um juízo de valor *per se* acerca de uma conduta concreta.

É necessário atentar para o fato de que a regra constitucional do art. 22, I⁴⁹ fixa a *competência* exclusiva do Poder Legislativo Federal para dispor sobre matéria penal. Ou seja, somente o Congresso Nacional é competente para *constituir o desvalor jurídico-penal de uma ação*. Portanto, a reserva legal penal determina que somente o Poder Legislativo Federal tem competência para dizer quais condutas são penalmente relevantes. Como o ato administrativo concreto dispõe sobre a permissão do Executivo em relação a uma conduta, esse elemento não pode ser *constitutivo* do tipo penal. Caso contrário, estaria possibilitada a punição da mera desobediência administrativa. Por isso, o teste do risco permitido deve limitar também as remissões a atos administrativos. Mais concretamente, na fórmula “ $N + C = T$ ”, a remissão a ato administrativo só pode estar contida em *C*, nunca em *N*.

Com o exposto acima, torna-se possível responder apenas parcialmente à questão constitucional da reserva legal penal. Ou seja, as técnicas de reenvio violam a regra constitucional de que somente lei federal pode versar sobre matéria penal? Neste ponto, a resposta deve ser um *parcial não*, desde que o tipo penal em questão seja aprovado no *teste do risco permitido*, pelos motivos já aduzidos nesta sede. Outro seria o caso, por exemplo, se o legislador recorresse à tautologia de redigir algo na configuração “desrespeitar ato administrativo”. Com isso, o *desvalor da ação teria sido remetido inteiramente* para a esfera administrativa, motivo pelo qual estaria configurada uma verdadeira *fraude de etiquetas*. Caso isso ocorresse, a Administração Pública teria plenos poderes para definir crimes, violando-se a regra contida no art. 22, I da Constituição.

Entretanto, o teste proposto só se aplica para a estrita aferição da adequação da redação de um tipo penal. Por outro lado, questões atinentes exclusivamente ao conteúdo da norma administrativa não podem ser exploradas nos estritos limites desta investigação, motivo pelo qual esse ponto terá que ficar, por ora, em aberto. O que pode ser apontado, de

⁴⁹ *In verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

forma bem superficial, é que já existem caminhos promissores a seguir, como a exploração das possibilidades de aumento do alcance do erro de proibição⁵⁰ ou a aplicação do princípio da confiança⁵¹ para excluir a responsabilidade penal já no nível da tipicidade.

8. Sobre o conteúdo remetido

Quando a redação de um tipo legal passar pelo teste do risco permitido, será ainda necessário, portanto, averiguar o conteúdo da norma em que o conteúdo típico foi remetido. Isso porque o teste proposto só pode analisar a legitimidade da estrutura do tipo penal, mas não versar sobre o conteúdo da norma destinatária. E, em nome do respeito à proibição de indeterminação (*lege certa*), a delimitação dos parâmetros do risco permitido deve ter contornos bem definidos, para que o cidadão tenha plena ciência do âmbito do proibido, e, assim, ter a faculdade de conduzir-se nos limites da legalidade⁵².

Caso contrário, em vez de garantir liberdades, estar-se-ia criando uma grande zona cinzenta de indeterminação, onde qualquer movimento estatal não estaria justificado, dando azo ao arbítrio. Com isso, fica pendente de esclarecimento quando a lei remetida viola frontalmente a legalidade penal, devendo-se declarar a sua inconstitucionalidade, ou quando o problema da indeterminação pode ser superado por intermédio de uma interpretação restritiva do âmbito do punível⁵³.

Ademais, o cidadão ter a possibilidade de conhecer com exatidão o âmbito do proibido tem, também, estreita relação com a teoria

⁵⁰ Um bom exemplo de proposta nesse sentido pode ser encontrado em LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵¹ Proposta de GRECO, Luís, A relação entre o direito penal e o direito administrativo..., op. cit., p. 189-191. Para um estudo mais detalhado sobre o princípio da confiança, cf. FIDALGO, Sónia. **Princípio da confiança e crimes negligentes**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018; SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

⁵² Isso será especialmente importante desde a perspectiva da teoria das normas, em razão da função de determinação da norma, na medida em que a proibição perderá o sentido se o seu destinatário não puder ter condições de, no momento da sua conduta, decidir se deseja respeitar ou violar a norma. Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. Op. cit., p. 33 (nota de rodapé n.º 43).

⁵³ É possível observar alguns exemplos de julgados nesse sentido em MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 278-379.

da pena. Isso ocorre se se partir da premissa que a tipificação de condutas com vistas à proteção de bens jurídicos ou direitos subjetivos⁵⁴ opera-se pela lógica da prevenção geral negativa. Todavia, versar mais sobre os parâmetros de determinação da norma remetida extrapolaria os estritos limites deste estudo, motivo pelo qual essa pergunta permanecerá em aberto, aguardando novas contribuições para a definição do problema.

9. Conclusão

O disposto no presente estudo não tem o condão de conferir ao teste do risco permitido uma ambiciosa função de ser o único parâmetro de aferição de legitimidade de uma técnica de reenvio. É possível que, com o aprofundamento de posteriores investigações, descubra-se novos métodos de verificação de legitimidade de técnicas de reenvio à luz do princípio da legalidade penal.

O teste proposto serve como um primeiro nível de avaliação, constituindo o estabelecimento do mínimo que uma técnica de reenvio deve atender para não desrespeitar os parâmetros estabelecidos pela legalidade penal. Além disso, vale ressaltar mais uma vez que os elementos normativos do tipo, na medida em que não transferem o desvalor da ação para fora do tipo penal e não possibilitam a criminalização da conduta em razão da mera desobediência ao ato administrativo, podem servir de complemento ao significado dos verbos típicos.

Entretanto, outras questões atinentes à legalidade penal, à separação de poderes ou à isonomia no que tange às diversas questões que envolvem a regulação administrativa do direito ambiental extrapolam os limites deste trabalho. Somente pontuei, de forma superficial, que um caminho promissor pode ser o aumento do âmbito do erro de proibição em tais casos.

Portanto, este trabalho não poderia versar sobre o conteúdo da norma a qual o tipo penal fez a remissão. Destarte, a questão da legalidade penal no que tange à matéria fica em aberto para posteriores considerações. Por outro lado, o teste do risco permitido pode significar um novo caminho a ser explorado para a resolução da aparente (e muitas vezes real) tensão entre técnicas de reenvio e legalidade penal.

⁵⁴ Isso dependerá da corrente teórica adotada, o que, no entanto, não influencia a presente proposição. Sobre isso, cf. a monumental tese de doutorado de GRECO, Luís. *Lo vivo...* op. cit., principalmente p. 205-339.

Referências

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMARAL, Rodrigo. Somente se proíbem condutas humanas: um estudo sobre a perspectiva *ex ante* e a imputação no direito penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 57-85, 2020.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COPI, Irving M.; COHEN, Carl; McMAHON, Kenneth. **Introduction to logic**. 14ª ed. Harlow: Pearson, 2014.

FIDALGO, Sónia. **Princípio da confiança e crimes negligentes**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. A legitimidade do crime de evasão de divisas como norma penal em branco e sua legislação integradora. **Revista Criminal**: ensaios sobre a atividade policial, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 181-206, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 17ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRISCH, Wolfgang. **La imputación objetiva del resultado**: desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Trad. Ivó Coca Vila. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2015.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, 152-194, 2006.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HORTA, Frederico. Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, de Fábio Guaragni e Marion Bach. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 131, p. 483-494, 2017.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal, vol. 1, tomo I**: arts. 1º a 10. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Direito penal ambiental e seus fundamentos**: parte geral. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). **Direito penal e teoria das normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 21-55.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 39, p. 11-31, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em cheque. Trad. Alaor Leite. LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70-97.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais. In: LOBATO, José Danilo; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 167-209.

SANTOS, Humberto Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed., rev. e atual. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

STORNINI, Natalia S. Consecuencias del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. **Revista jurídica argentina La Ley**: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010, p. 1111-1123, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DUPLA TIPICIDADE NAS EXTRADIÇÕES REQUERIDAS PELOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA A PARTIR DE IMPUTAÇÕES DE LAVAGEM DE ATIVOS

BRIEF ANNOTATIONS ON THE DOUBLE CRIMINALITY STANDARD IN REGARD TO THE EXTRADITION CLAIMS FILED BY THE UNITED STATES OF AMERICA PERTAINING MONEY LAUNDERING FELONIES

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p95-119

Antônio Carlos de Almeida Castro
*Advogado criminalista e bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília.*

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves
*Advogado criminalista; Mestrando em Direito, Estado e
Constituição pela Universidade de Brasília; Pós-Graduado lato
sensu em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense
de Direito Público (IDP) e bacharel em Direito pela UnB.*

Vitor Rebello
Acadêmico de Direito na Universidade de Brasília.

Data de recebimento: 08/10/2020

Data de aceite: 03/11/2020

Última versão do autor em: 23/11/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

A dupla tipicidade consiste em importante limitação ao êxito do pleito extradicional, razão pela qual os parâmetros para sua análise devem aquilatar uma grande multiplicidade de hipóteses, que, por vezes, revelam posição mais abrangente e flexível em relação ao postulado da contenciosidade limitada. O delito de lavagem de ativos previsto na legislação norte-americana fornece significativas contribuições ao exame

do tema, especialmente em virtude das peculiaridades de sua tipificação. Isso porque, naquele ordenamento, adota-se amplíssimo parâmetro de criminalização no que concerne à lavagem de capitais, que exprime grande variedade de condutas proibidas, algumas das quais não encontram qualquer paralelo no direito brasileiro. Nesse sentido, a análise das extradições requeridas com base em tal delito subsidia relevantes considerações acerca do alcance da dupla tipicidade.

Palavras-chave:

Extradição; Dupla tipicidade; Lavagem de ativos; Legislação Americana; Legalidade.

Abstract:

Double criminality imposes an important limitation on the attainment of the extradition claim. As such, its analysis must encompass a myriad of circumstances, which, on occasion, highlights wider and more flexible understanding of the limited judicial scrutiny rule. The laundering of monetary instruments, as described in American Law, provides relevant contributions to the inquired topic, more so, by the distinctiveness of the criminal statutes at hand. That is due to broad criminalization parameters in regard to the money laundering statutes, which, in turn, leads to vast amplitude of described criminal conduct, some of which find no equivalent in Brazilian Law. On this subject, the analysis of extradition claims based in such felony yields relevant reflexions concerning the reach of the double criminality rule.

Keywords:

Extradition; Double criminality; Laundering of monetary instruments; American Law; Rule of Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Extradição: fundamentos e aspectos procedimentais; 3. A dupla tipicidade como baliza à extradição: entre a contenciosidade limitada e a legalidade penal; 4. Dupla tipicidade: uma análise das extradições requeridas pelos Estados Unidos da América com base no delito de lavagem de capitais; 5. Conclusão.

1. Introdução

A extradição é um importante mecanismo de cooperação jurídica internacional que se assenta no dever de assistência recíproca entre os Estados com vistas à repressão internacional da criminalidade, fundado,

por sua vez, no interesse comum pela promoção da segurança, evitando a impunidade oriunda da deliberada evasão do hipotético infrator para além dos limites territoriais da jurisdição nacional. .

Sob o ponto de vista forense, sua aplicação requer detida análise tanto pelas consequências gravosas que se imporão ao extraditando quanto pela envergadura dos interesses *sub judice*, que aludem à própria soberania dos Estados envolvidos.

Assim, a apreciação do pedido extradicional deve aquilatar satisfatoriamente a multiplicidade de interesses contrapostos, de maneira que o deferimento do pedido deduzido pelo Estado requerente não advenha da supressão das garantias fundamentais do extraditando ou de renúncia à soberania nacional.

Nesse sentido, adquire especial relevância o exame da dupla tipicidade, objeto de prolíficas discussões no Supremo Tribunal Federal e frequente causa de indeferimento do pleito extradicional por esse Tribunal.

O presente estudo pretende analisar, de modo particular, pedidos de extradição formulados pelo Governo dos Estados Unidos da América com base em tipo penal *sui generis* de lavagem de capitais previsto na legislação daquele país.

A partir de tal abordagem, objetiva-se evidenciar os parâmetros para constatação da dupla tipicidade no cenário normativo brasileiro, assim como analisar a viabilidade, à luz do ordenamento jurídico pátrio, daquelas pretensões deduzidas pelo governo norte-americano.

Em síntese, a análise será iniciada com a contextualização teórica do fenômeno da extradição. Após, o trabalho apresentará revisão bibliográfica e análise jurisprudencial acerca do instituto da dupla tipicidade, bem como o tratamento conferido a ele pela Suprema Corte. Por fim, será examinado o delito de lavagem de ativos nas legislações norte-americana e brasileira. Com base em tais ponderações, serão estudadas as extradições requeridas a partir de imputações de tal tipo penal com os respectivos apontamentos sobre eventuais limites ao processo extradicional.

2. Extradição: fundamentos e aspectos procedimentais

A extradição consiste em mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal por meio do qual se almeja a entrega, ao Estado requerente, de indivíduo que se encontra em poder do Estado requerido, a fim de que esse cumpra pena (extradição exe-

cutória) ou responda a processo criminal (extradição instrutória) na jurisdição estrangeira¹.

Na mesma linha, o renomado internacionalista Hildebrando Accioly conceitua o instituto como: “o ato mediante o qual um Estado entrega a outro Estado indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos”².

Aponta-se como fundamento da extradição o dever de cooperação recíproca entre os Estados, em prol da consecução de interesses mútuos na repressão internacional da criminalidade, na promoção da segurança e na defesa social³.

O Congresso Internacional de Direito Comparado de Haia, em 1932, definiu o instituto como “uma obrigação resultante da solidariedade internacional na luta contra o crime”⁴. Nessa extensão, cuida-se de “manifestação da solidariedade e da paz social entre os povos”⁵.

Por fim, funda-se também no princípio da Justiça, dado que não é admitido a ninguém se evadir das consequências dos atos ilícitos a que deu causa⁶, de modo que as fronteiras territoriais não representem indevido estímulo à impunidade no âmbito internacional.

Quanto ao processamento da extradição passiva, adota-se, no Brasil, o sistema misto⁷, composto por três fases: duas administrativas,

¹ ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). *A Prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 241-307.

² Accioly, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**/ Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva, Paulo Borba Casella – 24. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 392.

³ GOMES, Maurício Augusto. **Aspectos da extradição no direito brasileiro**. *Revista dos Tribunais*, vol. 655/1990, p. 258-266, 1990.

⁴ PRADO, Luiz Regis. ; ARAUJO, L. A. . **Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar**. *Revista dos Tribunais* (São Paulo) , São Paulo, v. 564, p. 281-295, 1982.

⁵ DEL OLMO, Florisbal de Souza, **A Extradção na Contemporaneidade: Breves Reflexões**. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir / Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Porto Alegre, UFRGS, n. 1, p. 67-90, 2004.*

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**/ Valério de Oliveira Mazzuoli. – 12. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁷ SEGABINAZI, Fabiane. **Uma análise da extradição no Direito brasileiro**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24, p. 151-175, 2004.*

conduzidas pelo Poder Executivo, e uma judicial, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal⁸.

A primeira fase corresponde à comunicação do pedido extradicional por meios diplomáticos, o qual é então encaminhado, via Ministério das Relações Exteriores, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública⁹. Após processamento interno, o feito é remetido ao Supremo Tribunal Federal e encerra-se a primeira etapa administrativa.

A fase judicial corresponde ao controle de legalidade da extradição¹⁰, que é de competência do Supremo Tribunal Federal¹¹. Após o interrogatório do extraditando e a apresentação da defesa escrita, a Suprema Corte analisará a regularidade formal do pedido (tempestividade, suficiência da instrução documental, entre outros) e a presença dos requisitos materiais autorizativos da extradição, conforme previstos na Lei n.º 13.445/2017 ou em Tratados Bilaterais ratificados pelo Brasil, dentre os quais se destaca o indispensável exame da dupla tipicidade.

Trata-se, contudo, de juízo de delibação, em estrita observância ao sistema belga de contenciosidade limitada, adotado pelo ordenamento pátrio¹², segundo o qual a apreciação não deve adentrar o mérito da imputação criminal pela qual responde o extraditando¹³. Assim, não cabe

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais. Vol. 906, p. 159-178, 2011.

⁹ Para maiores esclarecimentos sobre os trâmites administrativos, verificar o manual de extradição do Ministério da Justiça, disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/extradicao/arquivos/manualextradicao.pdf>.

¹⁰ Por decisão do Ministro Relator, a prisão preventiva do extraditando também ocorrerá nesta fase. Ressalta-se a existência de posicionamento no STF no sentido de que a PPE consistiria em requisito de procedibilidade do pleito extradicional. No entanto, com o advento da nova Lei de Migração, tal entendimento foi mitigado, admitindo-se a liberdade em determinadas situações. Nesse sentido: STF Primeira Turma, Ext 1528 AgR, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 22/05/2020, DJe-142, 09-06-2020.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 102, I, “g”.

¹² “Ao Supremo Tribunal Federal não é dado analisar o mérito da acusação ou condenação em que se funda o pedido de extradição, em razão da adoção pelo ordenamento jurídico pátrio do princípio da contenciosidade limitada.” (STF Primeira Turma, Ext 1448, Rel. Ministro EDSON FACHIN, julgado em 20/09/2016, DJe-214 - 06-10-2016)

¹³ SEGABINAZI, Fabiane. **Uma análise da extradição no Direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24, p. 151-175, 2004.

ao Supremo Tribunal Federal tecer considerações acerca da justiça ou do acerto do provimento judicial estrangeiro.

Por fim, deferida a extradição pela Suprema Corte, dá-se início à terceira fase do processo de extradição passiva, na qual o Presidente da República avaliará a conveniência e a oportunidade na efetivação do pleito extradicional. Assim, a concessão do pedido constitui genuína expressão da soberania e típico ato de governo – visto que incumbe privativamente ao Presidente da República a condução da política externa, conforme previsto no artigo 84, VII, da Carta Constitucional.

3. A dupla tipicidade como baliza à extradição: entre a contenciosidade limitada e a legalidade penal

A dupla tipicidade é um requisito material à concessão do pleito extradicional e está prevista no artigo 82, inciso II, da Lei n.º 13.445/2017, assim como nos tratados bilaterais ratificados pelo Brasil.

Segundo tal disposição legal, a viabilidade do pedido extradicional depende de que os fatos imputados ao extraditando sejam simultaneamente tipificados como crime tanto no ordenamento jurídico do Estado requerente quanto no do requerido¹⁴.

Assim, ambos os países devem reputar proibida a conduta pela qual se requer a extradição e reprimi-la por meio da legislação penal interna. Por essa razão, aludido postulado é igualmente designado como dupla incriminação ou princípio da identidade.

Não se exige, entretanto, a exata correspondência entre a designação dos delitos. Variações de *nomen iuris* e diversidade de redação legislativa são fenômenos esperados diante das peculiaridades de cada país¹⁵. O que importa é que as condutas sejam simultaneamente proibidas em ambos os Estados e que haja identidade entre os elementos estruturantes dos tipos penais em questão¹⁶.

¹⁴ V. Tibúrcio, Carmen; Barroso, Luís Roberto. **Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/688>

¹⁵ GOMES, Maurício Augusto. **Aspectos da extradição no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 655/1990, p. 258-266, 1990.

¹⁶ “O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (“essentialia delicti”), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos” (STF Tribunal Pleno,

Aponta a doutrina que o fundamento primordial para exigência de dupla tipicidade decorre do macroprincípio da legalidade¹⁷. Em outros termos, como poderia o Estado brasileiro auxiliar na imposição de reprimenda ao indivíduo cuja conduta não constitui crime à luz do direito brasileiro?

Cuida-se da intransponível incidência do princípio da legalidade penal, que deve regular a atuação estatal, ainda que em sede de cooperação jurídica internacional. Se a conduta é lícita no Brasil, não pode o Estado brasileiro envidar esforços em sua repressão. Por outro lado, se é lícita no Estado requerente, então, do mesmo modo, carece de base o pedido extradicional.

Nesse ponto, é relevante observar a estreita relação entre tal fundamento e a ideia de soberania nacional. Como se sabe, o princípio da legalidade penal tem assento constitucional no rol de direitos fundamentais.

Por sua vez, o âmbito de proteção conferido pela Constituição Federal estende-se a todos que se encontrem no território nacional, na medida em que as garantias fundamentais são asseguradas, inclusive, aos estrangeiros, conforme redação do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Dessa forma, quando ausente a dupla tipicidade, o deferimento da extradição lesiona a soberania nacional, já que, indiscriminadamente, reduz o âmbito de incidência de norma constitucionalmente prevista, qual seja a garantia fundamental à legalidade, que, aliás, constitui cláusula pétrea no ordenamento nacional.

Tradicionalmente, aponta-se ainda o princípio da reciprocidade como fundamento para exigência de dupla incriminação¹⁸. Isso porque, em hipótese diversa, obrigar-se-ia o Estado requerido quanto à extradição, ainda que jamais tenha – pelos mesmos fatos – a possibilidade de deduzir similar pleito extradicional, haja vista que tais condutas não constituiriam crime segundo seu direito interno.

Ext. 1073 Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 30/04/2008, DJe-162 - 29-08-2008).

¹⁷ JÚNIOR, Luiz Carlos Ormay; ARRUDA, Rejane Alves de. O processo de extradição e seus limites no Brasil: apontamentos de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Thesis Juris - RTJ**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 182-198, jul./dez. 2018.

¹⁸ OSÓRIO SILVA, Anamara. **Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo**: análise sob a perspectiva do processo de extradição. 2014. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 45.

Feitas essas considerações conceituais, cumpre relembrar que a aplicação forense do postulado da dupla tipicidade impõe ao intérprete alguns desafios acerca da real delimitação de seu alcance. De modo geral, são identificadas duas abordagens distintas em relação à abrangência do requisito de dupla incriminação¹⁹.

Para uma primeira vertente, deve-se proceder à análise tão somente com base na equivalência de tipicidade formal. Trata-se de cotejo abstrato das elementares típicas estruturantes dos crimes assemelhados, previstos em ambos os ordenamentos jurídicos. Assim, nessa linha de pensamento, importa apenas “a correspondência típica (elementos objetivos e subjetivos do tipo) entre os dois ordenamentos”²⁰. É importante destacar a nítida compatibilidade entre tal concepção e a sistemática da contenciosidade limitada.

Em contraponto, outra posição propõe exame mais abrangente do instituto. Defende-se, por exemplo, avaliação quanto à existência de causas excludentes de antijuridicidade e culpabilidade. A rigor, tais aspectos integram o conceito de crime no ordenamento pátrio, mas sua análise pode representar indevida imposição da moldura normativa interna a Estado soberano cuja concepção acerca de tais institutos seja diversa.

Ainda assim, por vezes, o Supremo Tribunal Federal tem adotado esse entendimento²¹, como ao indeferir a extradição referente a atos praticados pelo extraditando antes de completar 18 anos²², circunstância que, segundo a teoria normativa pura, delimita tão somente a culpabilidade.

Do mesmo modo, também se observa maior abrangência de análise quanto à dupla tipicidade no exame do substrato fático que dá ensejo à extradição, ainda que se atente, em tese, à sistemática da contenciosidade limitada.

Por esse ângulo, já entendeu o Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade do princípio da consunção na análise dos pedidos extradiçionais. Nesse sentido, não se reconheceu a dupla tipicidade em

¹⁹ *Ibidem*, p. 33-39.

²⁰ STF Segunda Turma. Ext. 1582. Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 15/04/2020, DJe-095 - 22-04-2020.

²¹ SEGABINAZI, Fabiane. **Uma análise da extradição no Direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24, p. 151-175, 2004.

²² STF, Tribunal Pleno, Ext. 1187, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 16/12/2010, DJe-058 - 29-03-2011.

hipóteses nas quais um dos crimes, à luz do direito brasileiro, constitua meio à consecução de crime-fim, pelo qual é absorvido²³. Exemplos recorrentes são as hipóteses de absorção do crime de falsidade pelo o de estelionato²⁴.

É interessante observar que a falsificação de documentos é, no Brasil, tipificada autonomamente como crime. Por essa razão, não há dúvidas de que tal conduta, abstratamente considerada, é, de fato, proibida pelo ordenamento penal brasileiro, razão pela qual, em uma análise estrita, seria possível concluir pela dupla tipicidade dos fatos imputados.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal avançou na análise da dupla incriminação, no sentido de que não seria suficiente para o deferimento do pedido a mera tipicidade da conduta em ambos os ordenamentos. Ao revés, procedeu-se, por vezes, à inquirição pormenorizada acerca da potencialidade dos fatos concretamente narrados resultarem, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, em eventual punição. Desse modo, em casos de concurso entre os crimes de falso e de estelionato, nos quais a falsidade se esgota neste delito (crime-fim), deferiu-se apenas parcialmente a extradição ao fundamento de consunção.

Trata-se de concepção mais abrangente do requisito da dupla tipicidade, a qual, aliás, torna mais adequada – sob esse enfoque – a designação “dupla incriminação”, que, embora usualmente utilizada como sinônimo, melhor reflete a interpretação expansiva que se conferiu ao instituto.

De todo modo, é certo que a aplicação forense do requisito da dupla tipicidade impõe algumas peculiaridades quanto ao exame dos tipos penais previstos em legislação estrangeira. A fim de especificar os parâmetros de análise adotados pelo Supremo Tribunal Federal e os limi-

²³ Não se trata, contudo, de entendimento único. Há posicionamento divergente, notadamente do Ministro Marco Aurélio: “Descabe ao Supremo avaliar eventual consunção entre o porte de arma e os homicídios qualificados tentados, em observância à contenciosidade limitada própria à extradição (artigo 85, § 1º, da Lei n.º 6.815/1980)” (STF, Primeira Turma, Ext. 1330, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 19/04/2016, DJe-101 - 18-05-2016).

²⁴ “Observância, na espécie, dos critérios da dupla tipicidade e da dupla punibilidade quanto aos delitos de “burla” (estelionato) e de falsificação de documento – incidência, no entanto, do princípio da consunção – consequente absorção do delito-meio (falsidade documental) pelo crime-fim (estelionato) – doutrina – precedentes – satisfação dos pressupostos e atendimento dos requisitos necessários ao acolhimento, em parte, do pedido de extensão – extradição supletiva parcialmente deferida” (STF, Segunda Turma, Ext. 977 - extensão, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 26/05/2015, DJe-113- 15-06-2015).

tes de tal abordagem, serão analisados pedidos de extradição formulados pelo Governo dos Estados Unidos da América a partir de imputações de tipo penal *sui generis* de lavagem de capitais.

4. Dupla tipicidade: uma análise das extradições requeridas pelos Estados Unidos da América com base no delito de lavagem de capitais

O Governo dos Estados Unidos da América é frequente demandante no que diz respeito à matéria extradicional. Como era esperado, e nem poderia ser diferente, o ordenamento jurídico desse país guarda características que lhe são próprias, o que, ao seu turno, reflete na diversidade de tipificação penal.

Como exemplo, uma das modalidades de lavagem de capitais, naquele país, é prevista no Título 18, seção 1.956, (a), (1), (B), (i), do Código dos Estados Unidos²⁵. Trata-se de tipo penal que possui grande similitude com o delito equivalente no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.613, de 1998. Nesse sentido, na hipótese de pedido de extradição lastreado no referido dispositivo, não haveria maiores questionamentos quanto à dupla tipicidade²⁶.

²⁵ Lavagem de instrumentos monetários: “Quem, ciente de que a propriedade envolvida em transação financeira representa produto de alguma forma de atividade ilícita, conduz ou tenta conduzir a aludida transação financeira que, de fato, envolve produto de atividade ilícita especificada; (...) sabendo que a transação é destinada, no todo ou em parte a ocultar ou dissimular a natureza, localização, fonte, propriedade, ou controle de recursos oriundos de atividade ilícita especificada (...) será sentenciado a multa de não mais do que 500.000 dólares – ou duas vezes o valor da propriedade envolvida na transação, prevalecendo o valor maior – ou prisão por não mais do que 20 anos, ou ambos (...)” (tradução nossa). Na versão original: “Laundering of monetary instruments. Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity; (...) knowing that the transaction is designed in whole or in part to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; (...) shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both (...)”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 06 out. 2020.

²⁶ É relevante observar que a dupla incriminação é especificamente arrolada como requisito essencial, à luz do artigo 4º do tratado bilateral de extradição firmado com os Estados Unidos da América (DECRETO N.º 55.750, DE 11 DE FEVEREIRO DE 1965).

No entanto, ainda versando sobre a repressão à criminalidade econômica, a legislação estrangeira introduz nova espécie delitiva, descrita no Título 18, seção 1.957, do Código dos Estados Unidos. Versa-se, aqui, sobre tipo penal subsidiário da lavagem de dinheiro, cujo preceito primário assim dispõe:

(Engajar em transações monetárias com bens derivados de atividades ilícitas específicas). Quem, em qualquer das circunstâncias estabelecidas na subseção “d”, conscientemente pratica, ou tenta praticar, transação monetária com propriedade oriunda de atividade ilícita, em valor superior a 10.000 dólares derivado de atividade ilícita especificada, deverá ser punido (...) (tradução nossa)²⁷

Como se vê, o referido tipo penal, em um aspecto amplo, criminaliza o mero uso de recursos provenientes de atividade ilícita, sem qualquer necessidade de emprego de mecanismos objetivos de ocultação ou dissimulação da origem ilícita dos ativos.

É dizer, criminaliza-se o simples depósito bancário, um pagamento qualquer para aquisição de bens ou até mesmo o saque de numerário em um terminal de autoatendimento. Assim, por exemplo, com a mera compra de um veículo em nome próprio, poderá incorrer o indivíduo nas penas da seção 1.957. Sobre algumas especificidades do tipo penal, confira elucidativo precedente estrangeiro, *United States v. Rutgard*:

A descrição do crime não engloba a tentativa de limpar o dinheiro sujo, lavando-o para dissimular sua origem. Este tipo penal se aplica às transações mais abertas e inocentes. Confira o Título 18 USC, seção 1957 (f) (1) (para definição, de modo geral, do termo transações monetárias). O requisito de volição no cometimento do crime ou o desejo de dissimular a origem de criminosa são eliminados. (...)

É uma ferramenta poderosa porque torna qualquer transação bancária uma potencial armadilha ao traficante ou a qualquer outro réu que tenha muito dinheiro derivado de crimes espe-

²⁷ No original:“(Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity). Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a value greater than \$10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished (...). (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1957>. Acesso em: 06 out. 2020).

cificados. Se ele efetuar um depósito, saque, transferência ou atividade de câmbio com o dinheiro, ele cometerá o crime em comento. Ele é forçado a cometer um outro delito se ele quiser usar um banco. Esta lei draconiana – tão poderosa por sua eliminação do requisito de volição – congela os produtos de crimes especificados e os mantém fora do sistema bancário. Se o crime subjacente for consumado e o réu possuir os recursos no tempo do depósito, esse produto não poderá entrar no sistema bancário sem o cometimento de outro crime.²⁸ (tradução nossa).

Resta evidente a intencionalidade da Lei estrangeira: tornar indisponível ao criminoso qualquer acesso ao sistema bancário e ao mercado em geral, dificultando sobremaneira a contabilidade de valores oriundos de crime²⁹. Ainda assim, a doutrina americana considera tal delito como espécie do gênero lavagem de capitais.

Isso porque, naquele ordenamento, tal designação é adotada para descrever uma miríade de condutas, as quais, em uma perspectiva comparada, exorbitariam, em muito, os traços usualmente delimitadores do tipo de lavagem de capitais previsto no Brasil. A rigor, a legislação americana criminaliza como lavagem de ativos um rol extenso de condutas

²⁸ No original: “The description of the crime does not speak to the attempt to cleanse dirty money by putting it in a clean form and so disguising it. This statute applies to the most open, above-board transaction. See 18 U.S.C. § 1957(f)(1) (broadly defining “monetary transaction”). The intent to commit a crime or the design of concealing criminal fruits is eliminated (...) It is a powerful tool because it makes any dealing with a bank potentially a trap for the drug dealer or any other defendant who has a hoard of criminal cash derived from the specified crimes. If he makes a “deposit, withdrawal, transfer or exchange” with this cash, he commits the crime; he’s forced to commit another felony if he wants to use a bank. This draconian law, so powerful by its elimination of criminal intent, freezes the proceeds of specific crimes out of the banking system. As long as the underlying crime has been completed and the defendant “possesses” the funds at the time of deposit, the proceeds cannot enter the banking system without a new crime being committed.” (United States v. Rutgard, 116 F.3d 1270, 1291 – 9th Cir. 1997. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/19971386116f3d127011183>, acesso em 06 out. 2020).

²⁹ Na mesma linha: “A menos que haja algum elemento de fomento, ocultação ou evasão, a seção 1956 não torna o mero uso ou depósito de dinheiro sujo um crime autônomo. A seção 1957 o faz. Ela criminaliza transações a princípio inocentes, porém contaminadas pela origem (ilícita) da propriedade envolvida na transação.” (Congressional Research Service. Money Laundering: An Overview of 18 U.S.C. § 1956 and Related Federal Criminal Law, disponível em <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf>, acesso em 06 out. 2020).

relacionadas à proveniência ilícita de valores, sem que haja, em muitos casos, qualquer exigência de ocultação ou de dissimulação³⁰.

³⁰ “A lavagem é comumente compreendida como o processo de limpeza das máculas que recaem sobre o produto do crime. Na legislação Federal Criminal, entretanto, é mais do que isso. Nos principais estatutos federais criminais de lavagem de ativos, seções 1956 e 1957, 18 U.S.C. e, em graus variados, em vários outros dispositivos criminais federais, a lavagem de dinheiro envolve o fluxo de recursos destinados ou provenientes (da prática) de outras centenas de crimes federais, estaduais ou estrangeiros. Ela consiste em: (1) Engajar em transação financeira envolvendo produto de certos crimes com a finalidade de ocultar natureza, procedência ou propriedade dos produtos deles resultantes; (2) Engajar em transação financeira envolvendo produto de certos crimes com a finalidade de cometer novos crimes; (3) Transportar, para, a partir, ou através dos Estados Unidos, recursos oriundos de certas atividades criminais com a finalidade de cometer novos crimes, ocultar natureza, procedência ou propriedade de ativos oriundos do crime, ou para evitar exigência de notificação obrigatória de transações; (4) Engajar em transação financeira com de ativos oriundos do crime a fim de evitar a tributação da renda auferida por atividade ilícita; (5) Estruturar transação financeira a fim de evitar exigência de notificação obrigatória; (6) Gastar mais do que 10 mil dólares adquiridos a partir de certas atividades criminosas; (7) Empregar a infraestrutura de comércio interestadual ou exterior com a finalidade de distribuir o produto de certas atividades criminosas.; (8) Empregar a infraestrutura de comércio interestadual ou exterior com a finalidade de promover certas atividades criminosas.; (9) Transmitir o produto ou o capital para que se promova atividade criminosa no curso de atividade empresarial de remessa de ativos; (10) Transmitir o produto ou o capital para que se promova atividade criminosa no curso de atividade empresarial de remessa de ativos; (11) Transmitir valores no curso de atividade empresarial irregular de remessa de ativos; (12) Promover a remessa de valores não declarados pela fronteira dos Estados Unido; e (13) Inobservar as diretivas do Departamento do Tesouro quanto à repressão da lavagem de dinheiro.” Na versão original: “Money laundering is commonly understood as the process of cleansing the taint from the proceeds of crime. In federal criminal law, however, it is more. In the principal federal criminal money laundering statutes, 18 U.S.C. §§ 1956 and 1957, and to varying degrees in several other federal criminal statutes, money laundering involves the flow of resources to and from several hundred other federal, state, and foreign crimes.² It consists of: (1) engaging in a financial transaction involving the proceeds of certain crimes in order to conceal the nature, source, or ownership of proceeds they produced; (2) engaging in a financial transaction involving the proceeds of certain crimes in order to promote further offenses; (3) transporting funds generated by certain criminal activities into, out of, or through the United States in order to promote further criminal activities, or to conceal the nature, source, or ownership of the criminal proceeds, or to evade reporting requirements; (4) engaging in a financial transaction involving criminal proceeds in order to evade taxes on the income produced by the illicit activity; (5) structuring financial transactions in order to evade reporting requirements; (6) spending more than \$10,000 of the proceeds of certain criminal activities; (7) traveling in, or use of the facilities of, interstate or foreign commerce in order to distribute the proceeds of certain criminal activities;

De todo o modo, o Estado norte-americano instituiu, na seção 1.957, norma criminalizadora da mera fruição do proveito econômico de um crime anterior, o que, no entanto, não configura delito autônomo no ordenamento jurídico direito brasileiro, mas mero exaurimento do crime antecedente³¹.

Bem se vê, portanto, que o tipo penal previsto na seção 1.957 apresenta características dogmáticas sensivelmente distintas daquilo que, no Brasil, denomina-se de lavagem de dinheiro.

Aí reside a importância da correta delimitação do requisito da dupla tipicidade. Conforme já mencionado, pouco importa eventual identidade em relação ao *nomen iuris*. Ao contrário, demanda-se a equivalência quanto aos elementos estruturantes dos tipos penais analisados, o que não se verifica na hipótese descrita.

No Brasil, em apertada síntese, a subsunção ao delito de lavagem de capitais – na hipótese usual prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613, de 1998 – demanda comprovação de mecanismos objetivos aptos a dissimular ou a ocultar a origem do objeto material do delito (atos de mascaramento)³². Ademais, exige-se, ainda, a presença de efetivos desígnios pela “reciclagem” dos ativos em questão, sem prejuízo de eventual exigência de elemento subjetivo específico, a depender da modalidade típica imputada, a exemplo §1º do referido artigo^{33,34}.

(8) traveling in, or use of the facilities of, interstate or foreign commerce in order to promote certain criminal activities; (9) transmitting the proceeds of, or funds to promote, criminal activity in the course of a money transmitting business; (10) transmitting funds in the course of an unlawful money transmitting business; (11) smuggling unreported cash across a U.S. border; (12) failing to comply with the Department of the Treasury’s anti-money laundering provisions”. (Disponível em: Congressional Research Service. Money Laundering: An Overview of 18 U.S.C. § 1956 and Related Federal Criminal Law, disponível em <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf>. Acesso em 06 out. 2020)

³¹ Sobre o tema, são relevantes os apontamentos doutrinários: “Para que a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal seja um comportamento típico de lavagem de capitais é necessário demonstrar que sua destinação é diferente da mera fruição, gozo ou consumo, passando a integrar um efetivo processo de lavagem.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal econômico**, vol. 2 – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 469).

³² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³³ “Ainda que a mera ocultação, identificada como a primeira fase do ciclo de lavagem de dinheiro, caracterize o crime descrito no art. 1º da Lei n.º 9.613/1998, porquanto o tipo penal não exige, para a sua consumação, as demais etapas para

Desse modo, não haveria dúvida quanto à ausência de dupla tipicidade em se tratando de pedido de extradição fundado nessa espécie *sui generis* de lavagem de ativos prevista na legislação federal norte-americana (Título 18, seção 1.957, do Código dos Estados Unidos). Não foi esse, no entanto, o resultado obtido em consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para a identificação dos acórdãos pertinentes, adotou-se como parâmetro – na ferramenta de pesquisa do Supremo Tribunal Federal – os vocábulos “extradição” e “lavagem”. Assim procedendo, ao tempo do referido exame³⁵, o sistema de pesquisa disponibilizou 38 (trinta e oito) acórdãos. Por sua vez, delimitando como “parte” o Governo dos Estados Unidos da América, foram localizados 13 (treze) acórdãos³⁶.

A partir dos julgados selecionados, verificou-se que somente 7 (sete) acórdãos resultaram de pedidos de extradição lastreados na prática do delito de lavagem previsto na seção 1.956 (“*laundering of monetary instruments*”). Importante salientar que tal dispositivo incrimina como lavagem múltiplas condutas distintas, algumas delas flagrantemente compatíveis com a descrição típica da Lei n.º 9.613, de 1998.

Os demais 6 (seis) acórdãos analisavam pedidos de extradição requeridos, ao menos em parte, com base no delito *sui generis* de lavagem previsto na seção 1.957, título 18, do Código Americano. Cabe ressaltar que apenas 1 (um) acórdão reconheceu o não atendimento ao requisito da dupla tipicidade³⁷. Há, também, a extradição 1.630, na qual se atin-

dissimular e reinserir os ativos na economia formal, a conduta, para ser reconhecida como típica, deve estar acompanhada de um elemento subjetivo específico, qual seja, a finalidade de emprestar aparência de licitude aos valores ocultados, em preparação para as fases seguintes, denominadas dissimulação e reintegração”. (AgRg no AREsp 328.229/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016)

³⁴ Sobre o elemento subjetivo do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.613, de 1998, Juarez Tavares e Antonio Martins destacam que, “ainda que não venha expresso no dispositivo geral do § 2º, será necessário demonstrar que a prática das condutas tem por finalidade a dissimulação da origem ilícita do capital, o que, caso contrário, descaracterizaria a lavagem” (TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p.126).

³⁵ Pesquisa realizada em 14.09.2020.

³⁶ Ext. 1.583, Ext. 1.582, Ext. 1.503, Ext. 1.367, Ext. 1.284, Ext. 1.249, Ext. 1.214, Ext. 1.051, Ext. 1.103, Ext. 1.054, Ext. 1.069, Ext. 1.041, Ext. 701.

³⁷ Ext 1.503, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2019 PUBLIC 13-02-2019.

giu idêntica conclusão, porém não contabilizada na presente consulta jurisprudencial, haja vista que, no momento da redação deste artigo, o processo ainda se encontrava em julgamento virtual pelo Supremo Tribunal Federal e havia sido disponibilizado somente o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso.

Em relação aos demais, no tocante a esse ponto, deferiu-se o pleito extradicional sem maiores esclarecimentos quanto às razões pelas quais assim se decidiu, nada obstante a manifesta inviabilidade da extradição nesse particular³⁸. Desse modo, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já deferiu extradições fundadas, no todo ou em parte, no delito de uso ou transação com recursos oriundos de fontes ilícitas, manifestamente atípico no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, foi a extradição 1.249 que se mostrou particularmente relevante ao estudo da dupla tipicidade. Embora não haja, no voto condutor, explicitação clara quanto aos motivos pelos quais se aferiu a dupla tipicidade, depreende-se importante circunstância na descrição fática que instruíra o pleito extradicional.

Os documentos referentes ao procedimento criminal perante a Justiça norte-americana davam conta da existência de depósitos/transfêrencias envolvendo contas de terceiros, inclusive pessoas jurídicas, o que ensejou a imputação conjunta pelas seções 1.956 (ocultação) e 1.957 (mero uso de recursos ilicitamente obtidos) da legislação federal norte-americana.

Desse modo, embora o voto condutor não adentre no ponto, poderia haver – ao menos no plano fático e em tese – compatibilidade com os mecanismos de ocultação caracterizadores da lavagem na legislação brasileira. Aqui, reside interessante reflexão.

Quanto à dupla tipicidade, indaga-se acerca dos limites da análise a ser envidada pelo Supremo Tribunal Federal nessas hipóteses em que, embora o pedido de extradição lastreie-se em imputação pelo delito previsto na seção 1.957, exista alguma descrição fática de mecanismos de ocultação, em tese, subsumíveis ao tipo penal previsto no Brasil para a lavagem de ativos.

Em outros termos, é possível que fatos tipificados na seção 1.957, título 18, do Código Americano, em algumas situações específicas, configurem, perante a Lei brasileira, delito de lavagem de capitais e, em outras, não, a depender da descrição que instrui o pleito extradicional?

³⁸ Ext. 1.583, Ext. 1.582, Ext. 1.284, Ext.1.249, Ext. 1.041.

Sobre o ponto, mostra-se relevante a mencionada extradição 1.630. Nessa oportunidade, o voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, apreciou as questões aqui apresentadas. Decidiu ele, corretamente, pela ausência de dupla tipicidade em relação ao crime previsto na seção 1.957. A fundamentação, no entanto, merece estudo mais cuidadoso:

Outrossim, verifico que tampouco preenche o requisito da dupla tipicidade o delito do Artigo 18, Seção 1.957, do Código dos Estados Unidos, eis que sua descrição fática não corresponde ao crime de lavagem de dinheiro. Com efeito, no que tange às Acusações 10 a 17 (supostamente referentes à lavagem de dinheiro), consta da pronúncia que o extraditando depositou a quantia supostamente desviada em uma conta pessoal. Não havendo demonstração de ocultação ou dissimulação de valores, os fatos não são típicos segundo a legislação brasileira (grifo nosso).

Como se vê, argumentou o Ministro não apenas com base no tipo penal abstratamente considerado, que não prevê mecanismos de ocultação ou dolo para tanto entre as suas elementares. Ao revés, analisando o substrato fático constante na documentação norte-americana, concluiu que “o extraditando depositou a quantia supostamente desviada em uma conta pessoal”. Assim, qual seria o posicionamento da Corte, se o depósito fosse em contas de terceiros, por exemplo? Haveria de se perquirir a respeito de eventuais mecanismos de ocultação?

Exsurge, aqui, a controvérsia acerca da abrangência conferida à análise da dupla incriminação. Conforme exposto, ainda que se atente à sistemática da contenciosidade limitada, por vezes, o Supremo Tribunal Federal ampliou os limites do exame, a exemplo da já mencionada hipótese de incidência do princípio da consunção.

Nesses termos, deveria a análise limitar-se à consideração abstrata das elementares do tipo penal previsto na seção 1.957 da legislação penal federal norte-americana? Ou seria possível a análise do substrato fático encartado nos documentos que instruem o pleito extradicional, conforme procedeu a Corte nos casos de consunção?

Importante destacar que, a rigor, essa segunda análise não conviria para avaliar a justiça ou acerto da jurisdição prestada por Estado Soberano, mas apenas para examinar se a conduta narrada atende ao requisito da dupla tipicidade, ou seja, se constitui crime segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, torna-se menos evidente o juízo acerca da compatibilidade de tal procedimento com a sistemática de contenciosidade limitada. De toda forma, é patente a necessidade de maiores estudos sobre o tema, que passa ao largo das principais discussões doutrinárias nacionais acerca do assunto³⁹.

Embora muito relevantes, não há necessidade de adentrar nessas questões para que se esclareça a controvérsia ora analisada, referente à extradição por delito *sui generis* de lavagem de ativos.

Nesse sentido, é importante considerar que há, na legislação penal federal norte-americana, crime específico de lavagem de ativos assemelhado ao brasileiro. Desse modo, não parece atendida a dupla tipicidade se, ainda assim, a autoridade estrangeira opta por subsumir determinada conduta a tipo penal diverso – caracterizado pela mera transação com recursos ilícitos, sem quaisquer mecanismos de “reciclagem” do numérico ou dolo para tanto.

Quanto a esse ponto, cabe salientar que há, entre tais dispositivos, certa lógica de subsidiariedade. Isso porque ambos enfeixam, como elementar típica, a origem ilícita dos ativos transacionados. Nesse sentido, a mais significativa distinção entre eles reside no propósito da transação efetuada, manifestado pela volição do agente⁴⁰. Caso se preste ao escamoteamento dos ativos, haverá subsunção ao crime previsto na seção 1.956. Ao contrário – atestada tão somente a origem ilícita do capital –, incidirá o delito subsidiário tipificado na seção 1.957.

Noutras palavras, caso não haja como se comprovar, satisfatoriamente, o escamoteamento, ainda assim, será possível a persecução penal pela mera natureza ilícita dos recursos envolvidos em certa transação monetária. Desse modo, poderá o órgão de acusação – constatada a insuficiência dos indícios quanto aos desígnios de lavagem – deduzir

³⁹ O estudo realizado por Anamara Osório Silva é notável exceção. A dissertação apresentada à Universidade de São Paulo para obtenção de título de Mestre embasou-se, essencialmente, em doutrina estrangeira, tamanho o déficit nacional sobre o tema.

⁴⁰ “A grande diferença entre as seções 1.956 e 1.957 reside no tipo subjetivo exigido em tais condutas. No primeiro, há necessidade do dolo específico de ocultar ou disfarçar a natureza, localização, fonte, propriedade ou o controle dos benefícios derivados das condutas antecedentes, ou, ainda, evitar as comunicações exigidas por lei. Já na seção 1.957, esta exigência subjetiva não existe, sendo punível a mera participação em operações que envolvam bens derivados das atividades criminais antecedentes expostas no parágrafo 7º da seção 1.956.” (In: CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71).

pretensão punitiva pelo delito cuja exigência probatória é mais branda, de modo a evitar a impunidade naquele ordenamento jurídico.

Apenas para ilustrar esses requisitos, mostra-se relevante a transcrição de excerto da extradição 1.249, no qual o Governo dos Estados Unidos da América esclarece a diferença entre o ônus probatório de ambos os delitos. Sobre o delito previsto na seção 1.956:

Nas Acusações Oito a Onze, imputa-se (ao acusado) a lavagem de dinheiro para esconder lucros criminosos, ou ajudar e permitir tal lavagem de dinheiro. Para condenar o acusado, o MP deve provar em audiência de julgamento que (1) (o acusado) sabidamente conduziu ou tentou conduzir trâmites financeiros; (2) (o acusado) sabia que o dinheiro ou a propriedade envolvida no trâmite eram os lucros de algum tipo de atividade ilícita; (3) o dinheiro ou a propriedade de fato provieram de uma atividade ilícita, especificadamente de fraude contra o sistema de saúde; e (4) (o acusado) sabia que o trâmite foi desenhado no todo ou em parte para esconder ou disfarçar a natureza, localização, fonte, propriedade ou controle dos lucros, ou que ele ajudou e permitiu o mesmo. (grifo nosso)

Por outro lado, quanto ao delito da seção 1.957, é dispensada qualquer prova acerca de desígnios de ocultação ou de dissimulação das características dos ativos:

Acusações Doze e Treze imputam (...) a acusação de lavagem de dinheiro em montantes superiores a \$10.000. Para condenar o acusado, o MP tem de provar em audiência de julgamento que (1) (o acusado) sabidamente envolveu-se ou tentou se envolver em um trâmite monetário; (2) (o acusado) sabia que o trâmite envolvia propriedade ou fundos provenientes de alguma atividade criminal; (3) a propriedade tinha um valor de mais de \$10.000; (4) a propriedade era de fato proveniente de uma atividade ilícita, especificadamente de fraude contra o sistema de saúde; e (5) o trâmite ocorreu nos Estados Unidos.

De todo modo, a questão referente à prova da materialidade do delito deve ser resolvida, exclusivamente, pela Jurisdição norte-americana, a quem incumbe definir a tipificação das condutas ilícitas praticadas em seu território.

Conforme exposto, conquanto seja possível discutir a abrangência com que se deve analisar o substrato fático na delimitação da dupla

tipicidade, na hipótese estudada, o exame representaria incursão direta no mérito da pretensão punitiva deduzida no exterior, expediente manifestamente incompatível com a sistemática de contenciosidade limitada.

Isso porque, se o Brasil é demandado a respeito de indivíduo a quem se imputa a prática do crime previsto na seção 1.957, é certo que o Estado requerente já reputou insuficientes ou inexistentes os indícios de que o agente haveria atuado com desiderato de promover a ocultação ou a dissimulação de ativos. Se não fosse assim, teria atribuído ao extraditando a prática, propriamente, de lavagem de capitais, e não de delito subsidiário cujo traço distintivo é, precisamente, a ausência de dolo específico de ocultação ou de dissimulação dos ativos transacionados.

Como se sabe, variações de *nomen iuris* e diversidade de redação legislativa são fenômenos esperados diante das peculiaridades de cada país e, portanto, não devem obstar a verificação da dupla tipicidade. Nesse sentido, não haveria problemas em, ao analisar os fatos atribuídos ao extraditando, concluir que, no Brasil, tal conduta equivaleria a determinado tipo penal.

No entanto, em relação aos Estados Unidos da América, a legislação federal prevê dois tipos penais aproximados, sendo que apenas um deles pode se equiparar ao delito de lavagem de ativos previsto no ordenamento brasileiro. Se a autoridade estrangeira – soberana na análise da prova – decidiu por específico enquadramento típico, afastando determinadas elementares, não deve a autoridade judicial brasileira rever seu entendimento.

Trata-se de conseqüência lógica: a Autoridade estrangeira, ao imputar crime distinto do de lavagem previsto na seção 1.956, excluiu a possibilidade de subsunção também em relação à lei brasileira, visto que os elementos estruturantes dos tipos penais são similares, e somente a Justiça estrangeira tem competência para visitar tal ponto. Se decidisse pela presença da dupla tipicidade nessas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal estaria enveredando em mais do que mera análise do substrato fático. Promoveria verdadeira recapitulação jurídica, pois reconheceria elementares reputadas inexistentes pelo país demandante, em prejuízo à soberania desse Estado, finalidade manifestamente inadequada ao exame extradicional.⁴¹

⁴¹ “Ao lado disso, a subsunção dos fatos ao tipo penal é de incumbência apenas ao juízo de origem, por força do sistema de contenciosidade limitada, consagrado no Estatuto do Estrangeiro (art. 85, § 1º) e placitado pela jurisprudência desta Corte.”

De todo modo, relembra-se a possibilidade de aferição da dupla tipicidade por dois métodos distintos com diferentes graus de abrangência no exame fático: pelo exame abstrato da conduta proibida pelo tipo penal estrangeiro ou pela avaliação da conduta concretamente narrada no pedido extradicional. Muito embora tal distinção seja muito relevante, e ainda se encontre sem tratamento preciso pela Suprema Corte, ela é desinfluyente para a solução da hipótese estudada.

Nesse caso em particular, a questão envolvendo a subsunção das condutas encontra-se inteiramente circunscrita à sistemática da contenciosidade limitada, haja vista a existência, na legislação penal federal norte-americana, de crime similar à lavagem de ativos da Lei n.º 9.613, de 1998, e a inequívoca escolha do Estado estrangeiro pela subsunção a tipo penal diverso.

Assim, se o pleito extradicional lastrear-se na seção 1.957 da legislação penal federal norte-americana, ainda que haja descrição sobre possíveis mecanismos de ocultação, deveria o Supremo Tribunal Federal desconsiderá-la e, portanto, indeferir a extradição, haja vista que a mera imputação desse delito já indica juízo negativo, pela autoridade norte-americana, acerca da materialidade de eventual lavagem de ativos, segundo a compreensão brasileira do termo.

5. Conclusão

Em determinadas ocasiões, a análise da dupla tipicidade pode apresentar-se de forma contraintuitiva ao intérprete familiarizado com a sistemática da contenciosidade limitada, que norteia o processo extradicional brasileiro. Isso porque, conforme exposto, são identificadas duas abordagens distintas em relação à abrangência do instituto.

O Supremo Tribunal Federal orienta sua jurisprudência oscilando entre tais concepções, perfilhando, por vezes, de visão mais restritiva e, em outras, autorizando incursão mais detalhada no substrato fático que dá ensejo à extradição, ainda que se atente, em tese, à sistemática da contenciosidade limitada.

A fim de ilustrar as peculiaridades de sua aplicação, procedeu-se ao exame pormenorizado de pedidos de extradição formulados pelo Governo dos Estados Unidos da América a partir de imputações detipo penal *sui generis* de lavagem de capitais.

(STF Segunda Turma. Ext. 1427. Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/03/2016, DJe-164 - 05-08-2016)

Como apontado, aquele país criminaliza não somente a modalidade usual de lavagem de ativos, equiparada à brasileira, como também tipifica o mero uso ou transação monetária com numerário fruto de crime antecedente, ou seja, com origem ilícita. É espécie delitiva cuja tipificação prescinde de qualquer mecanismo objetivo de ocultação ou dissimulação, assim como da orientação anímica voltada à “reciclagem” dos ativos.

Não obstante a manifesta atipicidade dessas condutas no ordenamento jurídico brasileiro, foram localizadas diversas extradições em que a Suprema Corte deferiu pleitos fundados também no aludido delito. No mais, em apenas duas ocasiões, houve votos pelo indeferimento, uma delas nem sequer julgada em definitivo ao tempo desse estudo.

Em outro eixo de análise, verificou-se que o delito subsidiário à lavagem de capitais previsto na legislação americana (Título 18, seção 1.957, do Código dos Estados Unidos) não atende o requisito da dupla tipicidade, ainda que a narrativa acusatória encartada ao pleito extradicionário dê conta de fatos, em tese, indicativos de escamoteamento de ativos.

É que há, na legislação norte-americana, crime específico de lavagem de ativos, com exigência de elementares típicas assemelhadas ao tipo brasileiro. Assim, se a Autoridade estrangeira classificou a conduta em tipo penal diverso, cuja distinção marcante é a “desnecessidade de dolo específico de ocultar ou disfarçar a natureza, localização, fonte, propriedade ou o controle dos benefícios derivados das condutas antecedentes, ou, ainda, evitar as comunicações exigidas por lei”⁴², é porque reputou ausentes ou insuficientes elementos essenciais à caracterização do delito “tradicional” de lavagem de ativos, que encontra correspondência na legislação brasileira.

Assim, destaca-se que, mesmo ao se adotar concepção abrangente para análise da dupla tipicidade, as questões envolvendo a subsunção das condutas devem ser resolvidas exclusivamente pela Jurisdição norte-americana, eis que inteiramente circunscritas à sistemática da contenciosidade limitada.

De todo modo, não se pretendeu, com esses breves apontamentos, o exaurimento da temática. Há de se reconhecer a controvérsia acerca dos limites à análise do substrato fático quando voltado ao exame da dupla tipicidade. É patente a necessidade de maiores estudos sobre o

⁴² CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

tema, que passa ao largo das principais discussões doutrinárias nacionais acerca do assunto.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**/ Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva, Paulo Borba Casella – 24. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). A Prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodium, 2015, p. 241-307.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal econômico**, vol. 2 – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

_____. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de maio de 2017.

_____. Decreto n.º 55.750, de 11 de fevereiro de 1965. Promulga o Tratado de Extradicação com os Estados Unidos da América e respectivo Protocolo Adicional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Extradicação n.º 1448. Rel. Ministro EDSON FACHIN, julgado em 20/09/2016, DJe-214 - 06-10-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradicação n.º 1073. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 30/04/2008, DJe-162 de 29-08-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradicação n.º 1187. Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 16/12/2010, DJe-058 - 29-03-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Extradicação n.º 977 – extensão. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 26/05/2015, DJe-113 - 15-06-2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Extradicação n.º 1330. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 19/04/2016, DJe-101 - 18-05-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Extradicação n.º 1503. Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, julgado em 23/10/2018, DJe-029 - 13-02-2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Extradicação n.º 1249. Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 23/10/2018, DJe-239 - 19-12-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. ARE 686707 AgR. Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 30/10/2012, DJe-235 - 30-11-2012.

_____. Ministério da Justiça. **Manual de extradição**, 2012. Disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/extradicao>.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

DEL' OLMO, Florisbal de Souza, **A Extradição na Contemporaneidade: Breves Reflexões**. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPG-Dir / Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Porto Alegre, UFRGS, n. 1, p. 67-90, 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US code, title 18, section 1956. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. US code, title 18, section 1957. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1957>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. United States v. Rutgard, julgado em 06/03/1997. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/19971386116f3d127011183>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. Congressional Research Service. **Money Laundering: An Overview of 18 U.S.C. § 1956 and Related Federal Criminal Law**. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

GOMES, Maurício Augusto. **Aspectos da extradição no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 655/1990, p. 258-266, 1990.

JÚNIOR, Luiz Carlos Ormay; ARRUDA, Rejane Alves de. O processo de extradição e seus limites no brasil: apontamentos de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Thesis Juris - RTJ**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 182-198, jul./dez. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**/ Valério de Oliveira Mazzuoli. – 12. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 906, p. 159-178, 2011.

OSÓRIO SILVA, Anamara. **Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo: análise sob a perspectiva do processo de extradição**. 2014. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SEGABINAZI, Fabiane. **Uma análise da extradição no Direito brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24, p. 151-175, 2004.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais:** fundamentos e controvérsias. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/688>. Acesso em 06.10.2020.

LAVAGEM DE DINHEIRO E A SITUAÇÃO NORMATIVA PARA OS ATOS DOS ADVOGADOS NO BRASIL

*MONEY LAUNDERING AND THE NORMATIVE SITUATION FOR THE
LAWYERS' ACTS IN BRAZIL*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p121-152

Fabício Reis Costa

*Mestrando em Direito Penal e bacharel em Direito pela
Universidade de São Paulo; Advogado Criminalista.*

Data de recebimento: 15/09/2020

Data de aceite: 23/11/2020

Última versão do autor: 23/11/2020

Área: Direito Penal

“Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido a intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos.”

Jorge de Figueiredo Dias¹

Resumo:

O artigo aborda a temática do crime de lavagem de capitais, especificamente no âmbito dos atos praticados por advogados, a partir do exercício regular de sua profissão. Busca-se responder às lacunas deixadas pela legislação, através de uma análise pautada nas prerrogativas dos advogados, em cotejo com a legislação internacional e os modelos aplicados por associações de outras classes também possivelmente afetadas pela ocultação e dissimulação de valores. Ainda, por meio de uma abordagem

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I: questões fundamentais. Ed. Revista dos Tribunais, Portugal, Ed. Coimbra, 2007.

da teoria das ações neutras, busca-se determinar em que medida as ações privativas da advocacia podem ser entendidas como colaboração à prática delituosa da lavagem de dinheiro.

Palavras-chave:

Lavagem de dinheiro; Princípio da legalidade; Teoria das ações neutras; Advocacia.

Abstract:

The article proposes a discussion about the crime of money laundering, specifically within the scope of the acts practiced by lawyers, in the context of the regular exercise of their profession. It seeks to respond to the gaps left by the legislation, through an analysis based on the prerogatives of lawyers, in comparison with the international legislation and the models applied by associations of other professional classes also affected by the money laundering. Through an approach to the theory of neutral actions, it seeks to determine the extent to which private law actions can be understood as collaborating with the criminal practice of money laundering.

Keywords:

Money laundry; Principle of legality; Theory of neutral actions; Advocacy.

Sumário: 1. Introdução e contextualização; 2. Breve digressão à questão dos honorários maculados; 3. Historização da situação legal; 3.1. O panorama brasileiro e o advogado; 3.2. A regulamentação de outras profissões: exemplo a ser seguido pelos advogados?; 4. Questões de autoria: teoria das ações neutras e sua aplicação na advocacia frente a questões da lei de lavagem de capitais; 5. Movimentação internacional frente à lavagem de capitais e os advogados; 6. Conclusão.

1. Introdução e contextualização

O presente artigo aborda a questão da lavagem de dinheiro relacionada a atos de advogados, especificamente no tocante à possibilidade ou não de sua responsabilização penal na omissão quanto às regras de prevenção de lavagem, bem como por eventual imputação de participação nesse delito ao estruturar operações financeiras, societárias ou imobiliárias. A análise se dará pelo cotejo entre normas existentes em nível nacional e buscando a proposição de soluções para

os problemas apurados com base nas normas internacionais, com o apoio em doutrina especializada.

O estudo de assuntos relativos ao crime de lavagem em dinheiro tem especial relevância no cenário brasileiro, na medida em que tal delito tem sido cada vez mais abordado pelos tribunais do país, em casos emblemáticos de grande repercussão, como na “Operação Lava Jato”, e amplamente noticiado pelos veículos de imprensa.

Paralelamente a isso, ao se adicionar o tema da advocacia como complemento ao estudo da lavagem de capitais, tem-se como ainda mais complexo o objeto de análise, uma vez que, apesar de restringir a esfera de atuação do possível autor do delito, somam-se peculiaridades existentes no exercício do ofício advocatício.

Outra dificuldade encontrada nos estudos relativos aos limites impostos à advocacia – e, aqui, se faz referência a quaisquer análises acadêmicas que se ponham na encruzilhada entre prerrogativas e obrigações do advogado – reside na ambivalência entre os direitos atinentes à profissão, resguardados pela fundamentalidade da imprescindibilidade do advogado, e a proteção a bens jurídicos outros, por exemplo, a administração da justiça.

Justamente para nos afastarmos desse cruzo, impõe-se a necessidade de categorizar o advogado dentro de seu espectro de atuação para, na medida dos serviços ofertados, analisarmos sua eventual sujeição às medidas clássicas de prevenção à lavagem de dinheiro e possíveis implicações do descumprimento destas.

Antes de procedermos a essa categorização, porém, é de se assinalar a dinamicidade e volatilidade da profissão do advogado e de suas atividades cotidianas. Isso significa dizer que as categorizações impostas neste artigo podem ser adotadas no estágio atual de serviços prestados pelo advogado. Estas não necessariamente se aplicarão à prática do causídico daqui dez ou vinte anos ou não se aplicavam na realidade jurídica de trinta ou quarenta anos atrás.

Tanto o é que, a título exemplificativo, observou-se que, em duas edições diferentes de um mesmo livro, a categorização do advogado foi apresentada de forma bastante distinta. No ano de 2012, Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró lançaram mão de uma divisão em duas frentes tratando (a) dos advogados de “representação contenciosa” para se referir àqueles que atuam no cotidiano do contencioso judicial e extrajudicial e ainda aos que elaboram pareceres voltados ao auxílio ou apoio para litígios; e (b) dos “advogados de operações”, responsáveis por

colaborar materialmente em estruturas financeiras, societárias ou tributárias, alijando os profissionais que o façam no contexto litigioso.² Em uma nova edição, os mesmos autores procederam à nova categorização, dessa vez em quatro diversas frentes, sendo elas: (a) os “advogados togados”, representantes de clientes no contencioso judicial e extrajudicial; (b) os “advogados de consultoria jurídica para litígios”; (c) os “advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita”, que analisam a situação jurídica do cliente sem estruturar eventual operação, apenas com o fim de fornecer opiniões legais; e (d) os “profissionais de consultoria ou operação extrajudicial” que assessoram ou colaboram materialmente para operações financeiras, societárias ou tributárias, sem que estas se limitem à análise jurídica, inclusive apontando exemplos como o gestor de fundos.³

Feita tal diferenciação, apenas para que se facilite a discussão nas páginas que daqui seguirão, é importante deixar claro que a discussão em torno da participação do advogado no delito de lavagem de dinheiro quando prestando serviços a clientes, por regra, se circunscreve ao último grupo de profissionais⁴. Isto é, na maior parte dos tempos, os esforços se darão em torno da análise dos *profissionais de consultoria ou operação extrajudicial* e seus deveres.

Muito embora os estruturadores de operações sejam os mais sensíveis à aplicação da lei de lavagem de capitais por parte de membros do Ministério Público e Poder Judiciário no que tange à suposta obrigatoriedade de adotarem as clássicas medidas de *know your client*, registro de operações realizadas e comunicação das operações suspeitas, não se pode olvidar dos demais profissionais da advocacia que, eventualmente, podem se encontrar vulneráveis a investigações pelo recebimento de honorários de origem ilícita, aqui também incluindo-se os advogados de contencioso em geral.

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**. 1 ed. São Paulo: RT, 2012.

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2019.

⁴ Como ainda será discutido, eventuais obrigações de atos para prevenção de lavagem de dinheiro não atingem os advogados togados pela sobreposição do direito de defesa frente à obrigatoriedade de contribuição com as autoridades fiscalizadoras. Para tanto, o caso Michaud x França é paradigmático nessa discussão e pode ser compreendido em profundidade em: COCA VILA, Ivo. El Abogado Frente Al Blanqueo De Capitales ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a La Sentencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos De 6 De Diciembre De 2012 (Tedh 12323/11) Caso Michaud Contra Francia. INDRET, n. 4, 2013.

Identificou-se como sendo os principais questionamentos, fruto de uma carência normativa sobre o tema, os seguintes pontos: (a) Pode o advogado ser responsabilizado por receber honorários de natureza ilícita?; (b) Pode o advogado ser responsabilizado por atuar na estruturação de uma operação destinada a branqueamento de capitais? Se sim, sobre quais hipóteses?; (c) O advogado, no estrito limite de sua atuação profissional, tem o dever de informar atitudes suspeitas perpetradas por seus clientes?; (d) Existe uma delimitação do que seria razoável supor como suspeito para abstenção da prática de atos típicos da advocacia?; e (e) O atual panorama jurídico nacional se mostra suficiente para a prevenção de lavagem e, de igual modo, a compreensão garantista da aplicação da lei penal aos “advogados de operação”?

Nesse sentido, o presente artigo tratará de elucidar, principalmente, essas questões. Para tanto, será feita uma breve análise sobre a questão do recebimento de honorários maculados. Após, proceder-se-á a um estudo da regulamentação normativa em nível nacional e internacional acerca do tema. Disso, decorrerá a análise, através de revisão bibliográfica nacional e internacional, sobre a questão da autoria do advogado nesses casos, trazendo à lume a teoria dogmática das ações neutras, culminando na eventual solução dos problemas diagnosticados na legislação nacional.

2. Breve digressão à questão dos honorários maculados

Um dos principais questionamentos práticos relativos à temática da lavagem de capitais vinculada à atividade advocatícia é o recebimento de honorários maculados. Isto é, a situação em que o advogado recebe, por seus serviços advocatícios prestados, pagamento em honorários advindo de origem ilícita.

Em que pese o entendimento legislativo internacional de países, como Espanha e Alemanha, tratarem como típica a conduta de receber ou guardar produtos oriundos de prática de infração penal anterior – fato esse que se enquadraria no recebimento de honorários oriundos de prática criminosa –, o ordenamento brasileiro e, mais especificamente, a lei de lavagem de capitais nacional não fazem esse recorte.

A escolha legislativa brasileira pelos verbos *ocultar* ou *dissimular* para tipificar o ato de lavagem de capitais⁵ traz ao advogado, em certa medida,

⁵ Lei 9.613/89, art. 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

conforto no momento de *recebimento* de honorários. No entanto, tal fato não pode ser tratado com a simplicidade da análise típica.

Em reflexão recente e detida sobre o tema, Heloísa Estellita analisou um caso concreto por meio do qual se pode chegar às cautelas que devem ser observadas pelo advogado em toda prestação de serviços de advocacia.⁶ Trata-se de padrão comportamental que deve ser seguido de modo a minimizar riscos e garantir a higidez do serviço prestado para o caso de eventual confronto das autoridades competentes.

Partindo-se da premissa de que o montante dos honorários entregues ao advogado tenha sido obtido por meio de empreitada criminosa, resta configurada a existência do objeto material do tipo penal de lavagem de dinheiro. No entanto, a mera existência do objeto material, como se sabe, não basta para o enquadramento na conduta criminosa⁷. O advogado, para que se incida o tipo penal de lavagem, deve agir de forma a *ocultar* ou *dissimular* a “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade” dos valores.

Dessa última constatação, decorrem as cautelas tomadas no caso concreto paradigmático apresentado pela autora e que também podem ser elencadas como necessárias ao afastamento do conteúdo típico. São elas: (a) a contratação formal, por meio de contrato assinado pelo cliente, previamente à prestação dos serviços, com o devido registro ou guarda deste contrato de modo a comprovar seu aperfeiçoamento no espaço temporal; (b) a guarda de documentos, trocas de *e-mails* e outros arquivos digitais ou físicos aptos a comprovar a efetiva prestação de serviço como petições protocolizadas, atas de reuniões realizadas ou atas de audiência perante as autoridades públicas envolvidas no caso; (c) lançamento da respectiva nota de honorários, com a devida regularização tributária dos valores recebidos perante a autoridade fiscal competente; e (d) o cuidado para também inserir o lançamento dos mencionados valores na contabilidade interna do escritório.

Estellita (2020) cita ainda outros atos de cautela como o recebimento de honorários por meio de transações bancárias ou depósito de cheque, que viabilizaria eventual análise posterior da operação finan-

⁶ ESTELLITA, Heloisa. Recebimento de honorários maculados: quebra de sigilo bancário e fiscal, lavagem de dinheiro e receptação. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, vol. 5, dez-maio 2020, Ed. D'Plácido: São Paulo, p. 165.

⁷ *Ibidem*.

ceira com base na Lei Complementar nº 105/2001⁸, afastando eventual suspeita das autoridades acerca da origem dos valores.

Em que pese o recebimento por meio do sistema bancário seja algo mais salutar, vez que fornece elementos para que se siga o rastro do dinheiro, é importante deixar claro que ele não se faz obrigatório para afastar qualquer suspeita acerca da conduta⁹. Não há qualquer normativa expressa apta a obrigar o advogado a se negar a receber honorários em espécie. Pelo contrário, caso o causídico assim o faça, estará incorrendo na contravenção penal prevista no artigo 43 da Lei de Contravenções Penais, consistente na recusa a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país.

Lógica semelhante se aplica ao advogado que recebe montante superior ou muito superior às posses ou capacidade de pagamento do cliente. Em que pese isso poder servir de alerta – quando muito – não se trata de fato apto a ensejar reprovabilidade penal da conduta do advogado. Em tempos modernos, é comum o fato de honorários serem pagos inclusive por terceiros, como é o caso de empregadores custeando os serviços advocatícios de seus colaboradores ou de membros de diretorias. Portanto, suscitar dúvida quanto à origem de honorários unicamente por ser incompatível com a renda do cliente é medida atentatória ao direito de defesa, que passa a ser mitigado aos que têm poucas condições.

Os cuidados acima descritos, tomados a partir do exemplo dado por Heloísa Estellita, podem servir como meios de afastamento de qualquer indício típico de lavagem de dinheiro pelo advogado que recebe honorários maculados. Porém, mais certo é dizer que, ainda que não presentes tais requisitos, isto é, ainda que não adotadas as práticas cautelosas, não se pode apontar de plano a tipicidade do fato, uma vez que não há na lei brasileira qualquer disposição nesse sentido, sendo omissa quanto ao recebimento de valores desta natureza, imperando, portanto, o princípio da legalidade e da taxatividade da lei penal.

⁸ Vide parágrafo 4º, inciso VIII do artigo 1º da Lei Complementar n.º 105/2001 que permite a quebra do sigilo bancário em casos de lavagem de capitais.

⁹ Em sentido oposto, o Conselho Federal de Contabilistas, através da Resolução CFC n.º 1.530, de 22 de setembro 2017, assim dispõe em seu artigo 6º :As operações e propostas de operações que, após análise, possam configurar indícios da ocorrência de ilícitos devem ser comunicadas diretamente ao Coaf, em seu sítio, contendo: (...) Parágrafo único. As operações listadas a seguir devem ser comunicadas, em seu sítio, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, mesmo que fracionadas: a) *aquisição de ativos e pagamentos a terceiros, em espécie, acima de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), por operação (...)*. (sem grifos no original).

Ora, pensando-se na problemática do mero recebimento de valores maculados, afastando-se a ciência da origem ilícita do montante, afasta-se também a tipicidade do fato, porquanto necessário o dolo para seu comprometimento. As demais cautelas elencadas derivam de uma eventual capacidade de comprovação pelo advogado de que este se cobriu de cuidados necessários ao distanciamento de algum dos verbos do tipo.

Por fim, cabe tratar, de forma ainda que breve, sobre a possível tipificação da mencionada conduta no crime de receptação.¹⁰

Em primeiro lugar, tem-se como obrigação lógica afastar a receptação para o caso do advogado que recebe honorários maculados. Por igual raciocínio, justifica-se, por exemplo, a licitude do recebimento de qualquer quantia em pagamento por comerciantes, prestadores de serviço ou qualquer credor que receba valores oriundos de prática de ilícitos, em um negócio jurídico lícito. Nesse sentido, argumenta Estellita, exemplificando:

implicaria colocar, potencialmente, no espectro de alcance deste tipo penal também o dono do supermercado, o da empresa fornecedora de energia elétrica, o dono do posto de abastecimento de combustíveis, os funcionários públicos responsáveis pelo recolhimento de tributos, os funcionários públicos encarregados do recebimento dos valores pagos a título de fiança (processual penal) ou multa penal etc., que recebem o pagamento por seus produtos/tributos/fiança/pena com valores (dinheiro em espécie, transferência bancária, pagamento via cartão de crédito ou de débito, cheque etc.) oriundos da prática anterior de crime (contra o patrimônio).¹¹

Como bem conclui a autora, interpretar como criminoso esse tipo de recebimento significaria negar a realidade. É dizer, seria inviabilizar todo um sistema econômico que, goste-se ou não, tem, sim, a presença de valores e bens frutos de práticas delitivas.¹²

¹⁰ Código Penal, Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

¹¹ ESTELLITA, Heloisa. Recebimento de honorários maculados: quebra de sigilo bancário e fiscal, lavagem de dinheiro e receptação. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, vol. 5, dez-maio 2020, Ed. D'Plácido: São Paulo, p. 178.

¹² ESTELLITA, Heloisa. Recebimento de honorários maculados: quebra de sigilo bancário e fiscal, lavagem de dinheiro e receptação. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, vol. 5, dez-maio 2020, Ed. D'Plácido: São Paulo, p. 178.

Some-se a esse raciocínio o fato de que, tendo o advogado seguido os já mencionados cuidados, ele estará acobertado pelo que prevê o Código de Ética e Disciplina em três artigos, quais sejam os artigos 35, 36 e 38, afastando-se assim eventual figura culposa do crime de receptação.

Em suma, o que se enxerga no ordenamento jurídico é a ausência de norma impeditiva para recebimento de honorários de origem criminosa¹³. A omissão de dispositivo legal que normatize tal fato afasta os problemas jurídico-penais que os advogados eventualmente podem ter com esta, sempre em respeito ao princípio da legalidade.

Correto seria, já propondo uma figura apta a solucionar tal questão, a inserção de uma excludente de ilicitude – tanto no âmbito da lei de lavagem de capitais, como no código penal – para que se garanta ao advogado o recebimento de honorários independente de sua origem, mormente em respeito ao direito de defesa – pondo-se tal cláusula ao menos para o que se denominou como “advogados togados” no início desse artigo. Afastar-se-iam, assim, eventuais flertes punitivistas que busquem atacar a advocacia.¹⁴

3. Historização da situação legal

¹³ Importante trazer à lume a informação de que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 3787/2019, de autoria da Deputada Bia Kicis (PSL-DF), de cujo conteúdo se discorda, pelos fundamentos apresentados neste texto, que, em suma, pretende: (a) tornar a advocacia setor sensível ao delito de lavagem de forma expressa, porém com a clara deficiência de não separar os advogados de contencioso dos advogados de operação; (b) tratar como receptação qualificada o recebimento pelo advogado de honorários de origem sabidamente ilícita, o que claramente esbarra nos pressupostos de ampla defesa de um Estado Democrático de Direito; e (c) inserir um terceiro parágrafo no artigo 330 do Código de Processo Penal que trará obrigatoriedade de comprovação da origem lícita do dinheiro pago a título de fiança, fato este também repudiável por sua inconstitucionalidade.

¹⁴ O perigo existente em normas pretensamente modernizadores e que buscam unir eficiência e persecução por meio do Estado foi alvo de críticas por Carlos Gomez, ao dizer que: “La nueva regulación brasileña sobre el “lavagem de dinheiro” es una clara muestra de la marcha inexorable del delito de blanqueo de capitales por los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Como el propio enunciado de la Ley indica, se trata de hacer más “eficiente” la persecución del delito de blanqueo, y precisamente cuando se unen “eficiencia” y “persecución” los pilares del Estado de Derecho corren el riesgo de sufrir un grave atentado”. DIEZ, Carlos Gomez-Jara. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: ¿Garante del Estado o defensor del cliente? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**: São Paulo, ano 20, n.º 237, p. 11, agosto/2012.

A compreensão do atual panorama concernente à lavagem de dinheiro e ao exercício da advocacia necessariamente passa pela compreensão da ainda que breve evolução normativa nacional em torno do crime de lavagem.

Tratando-se de crime cuja tipificação em todo o mundo se deu de forma recente, tem-se como certo que os avanços legislativos em torno da temática ainda estão muito aquém do necessário. Esse é o ponto que se deve ter como central na discussão deste artigo: as incongruências e principalmente as omissões – propositais ou não – nas normas regentes do crime de lavagem de dinheiro devem ser tomadas como uma realidade. Realidade essa que dever ser enfrentada pela academia.

Seguindo um movimento internacional, incipientemente iniciado pelos Estados Unidos da América na década de 1970 – ainda que talvez nem houvesse o objetivo declarado de impedir a lavagem de dinheiro – a ênfase no caráter preventivo tinha como objetivo conservar documentos e a comunicação de operações suspeitas pelos bancos. Posteriormente, ainda nos Estados Unidos, mas nos anos 1980, viu-se a criação do crime de lavagem de dinheiro com a aprovação da Lei de Controle de Lavagem de Capitais em 1986, justamente como meio propiciador de um número maior de ferramentas na luta contra a lavagem à disposição das autoridades. Assim, ao final dos anos 1980, ocorre o fenômeno da internacionalização do crime de lavagem de dinheiro.¹⁵

Ao cabo, para que se imponha apenas mais um marco no panorama internacional e sua influência no Brasil, tem-se, em 1989, a criação do Grupo de Ação Financeira Internacional (adiante apenas GAFI) e a aprovação das 40 Recomendações para o enfrentamento da lavagem sob o ponto de vista preventivo e repressivo. Paralelamente à criação da figura delitiva, foram elaboradas normas administrativas com o objetivo de prevenir sua prática, impedindo o acesso do dinheiro “sujo” ao sistema financeiro.

Como consequência, foi criado no setor público um sistema administrativo encabeçado pelas Unidades de Inteligência Financeira (UIF), cuja função é receber, analisar e transmitir às autoridades competentes informações sobre as operações suspeitas de estarem vinculadas à lavagem de dinheiro.

¹⁵ Para uma análise aprofundada da evolução histórica da prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, ver: BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

3.1. O panorama brasileiro e o advogado

No Brasil, a norma disciplinadora do delito de lavagem de capitais se fez presente mais adiante, especificamente, no ano de 1998. Antes de adentrar às suas disciplinas e eventuais obrigações que tenham sido geradas para setores sensíveis com sua modificação no ano de 2012¹⁶, necessário que se exponham – ainda que de forma breve – os apontamentos trazidos pela norma reguladora da advocacia, isto é, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB ou Estatuto da OAB de agora em diante), constante na Lei n.º 8.906/94.

Por questão lógica, devemos principiar com o artigo 1º, inciso II e parágrafo 2º do Estatuto da OAB.¹⁷ Tal artigo é resultado de amplo esforço da categoria de modo a ampliar os serviços prestados pelos advogados e, conseqüentemente, garantir maior lisura e segurança jurídica a operações societárias por meio do visto do advogado em atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas.

Como se verá mais adiante, em que pese tal propositura legislativa ter sido positiva do ponto de vista laborativo e até lucrativo aos escritórios de advocacia, essa, com o advento das alterações na lei de lavagem em 2012, tornou-se o ponto central dos problemas sofridos pelos advogados neste assunto.

Outros aspectos importantes a serem destacados no Estatuto da OAB e que servirão para contextualizar o debate acerca das implicações do delito de lavagem de capitais na advocacia são a responsabilização do advogado pelos atos que praticar no exercício da profissão, com dolo ou culpa (art. 32 – EOAB) e também das infrações disciplinares constantes na violação do sigilo profissional *sem justa causa* e a manutenção de conduta incompatível com a advocacia (art. 34, VII e XXV – EOAB, respectivamente).

Por fim, no que concerne às normas disciplinantes da advocacia, merece destaque o disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB (adiante CEOAB) que estabelece os deveres de abstenção do advogado,

¹⁶ Para acesso a comentários sobre a mencionada alteração do ano de 2012, ver: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**: São Paulo, ano 20, n.º 237, p. 2, agosto/2012.

¹⁷ Estatuto da OAB, art. 1º – São atividades privativas de advocacia: II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. § 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

em seu inciso VIII do parágrafo único do art. 2º. Trata-se de rol autoexplicativo, que aqui apenas se transcrevem algumas alíneas que podem fazer mais sentido para os casos de lavagem, como: (a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; (b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; (c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; e (d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana. Das quatro hipóteses acima elencadas, merecem especial atenção na leitura as duas últimas.

Fica claro que tais elementos certamente já têm como objetivo a criação de parâmetros ou padrões comportamentais ao advogado no exercício de sua atuação. Importante que se tenha em mente, portanto, o *standard* comportamental esperado do advogado pelos seus pares e pela justiça para que se passe às obrigações impostas pela lei de lavagem de dinheiro propriamente dita¹⁸.

A Lei n.º 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais e que cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, nasceu com diversas carências que o legislador buscou solucionar com o passar do tempo. À época de sua criação, o capítulo atinente às “pessoas sujeitas à lei” se mostrava pobre e insuficiente na descrição de atividades que pudessem ser consideradas sensíveis.

Com o advento da Lei n.º 12.683/2012, tal situação passou a ser mais bem regulamentada, porém ficou a léguas de distância de ter sido alterada com o rigor necessário. Como exposto na epígrafe deste texto, “Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade”¹⁹. É justamente disso que se trata.

¹⁸ Sobre o tema, Aldo Romani Neto, ao analisar a obra de Robles Planas: “Via de regra, são condutas inseridas em contextos altamente padronizados ou *standardizados* que, se praticadas isoladamente, são indiscutivelmente lícitas. Nessa direção, Planas entende que ações neutras podem ser definidas como “conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol social”, o que implica dizer que “en sí mismas consideradas son conductas lícitas o inócuas”, e que “son conductas que se insertan en contextos altamente regulados o estandarizados.” ROMANNI NETO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas. 2018, p. 20.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I: questões fundamentais. Ed. Revista dos Tribunais, Portugal, Ed. Coimbra, 2007.

As modificações feitas no art. 9º, especialmente no inciso XIV e suas alíneas pretenderam inserir certo rol de profissões como sensíveis ao delito de branqueamento de capitais. Ocorre, porém, que ao mesmo tempo em que foram utilizados termos específicos para designar profissões como a de contadores ou auditores, o legislador fez uso de termos genéricos que podem se aplicar a diversas profissões como consultores – estes não regulamentados por um órgão de classe – ou então advogados.²⁰

A inserção do advogado nesse trecho da norma se deu justamente ao dizer que as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de diversas matizes estariam sujeitas às obrigações referidas nos artigos 10 e 11 da lei, basicamente medidas como *know your client*, registro de operações realizadas e comunicação de operações suspeitas.

Mais adiante, ainda na Lei de Lavagem de Dinheiro, com a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), estabeleceu-se também que “as instruções referidas no artigo 10 destinadas às pessoas mencionadas no artigo 9º, *para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador*, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no artigo 12”.

É justamente neste pequeno trecho de texto que reside a maior parte do problema relativo à advocacia. Ao determinar que deverá haver regulação das medidas preventivas por parte de órgão próprio, abriu-se espaço para atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto entidade representativa da classe dos advogados. O que ocorreu, no entanto, foi o contrário.

Diferentemente de outros conselhos ou entidades de classe como o Conselho Federal de Contabilidade (CFC), Conselho Federal de

²⁰ Lei 9.613/98, Art. 9º, parágrafo único, XIV: – Sujeitam-se às mesmas obrigações: as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas, financeiras, societárias ou imobiliárias; e de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

economia (COFECON) e o Conselho Federal de Corretores Imobiliários (COFECI), até o presente momento, a Ordem dos Advogados do Brasil não normatizou eventuais deveres impostos ao advogado que atua em setores sensíveis à lavagem. Nesse sentido, à guisa de melhor refletir sobre a necessidade ou não dessa regulamentação pela advocacia e sobre eventuais conteúdos apropriados, remete-se, brevemente, às normativas de alguns desses Conselhos profissionais.

3.2. A regulamentação de outras profissões: exemplo a ser seguido pelos advogados?

Para que se entenda como outras entidades de classe se movimentaram em atenção às alterações advindas da Lei nº 12.683/2012, necessário que se faça um breve resumo de tais regulamentações. Ainda, importante que se compreenda em que medida tais regulamentações podem servir de norte para futura normatização por parte da OAB.

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC) foi o primeiro a ter normas próprias em vigor para regulação de sua atividade profissional por meio da Resolução n.º 1.445/2013. Tal resolução foi substituída pela Resolução CFC n.º 1.530/2017, em setembro de 2017. Basicamente, ambos os textos são equivalentes, embora o segundo seja mais simplificado que o primeiro.

Numa primeira impressão, os profissionais ligados à contabilidade manifestaram o mesmo incômodo que a classe dos advogados tem manifestado. Trata-se da dicotomia entre o dever de comunicar operações e o dever do profissional contabilista de guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional.²¹

O primeiro texto normatizador expedido pelo CFC previa de forma mais objetiva – se comparado ao segundo texto – políticas de prevenção, como a qualificação dos clientes e demais envolvidos nas operações que realizarem, a obtenção de informações sobre o propósito e a natureza do negócio jurídico, a identificação do beneficiário final dos serviços prestados, a identificação de operações ou propostas de operações praticadas pelo cliente, que forem suspeitas, a revisão periódica

²¹ Resolução CFC 803/1996, artigo 2º, inciso II: São deveres do Profissional da Contabilidade: II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade.

da política de integridade implementada, a seleção e treinamento de empregados, a disseminação do seu conteúdo ao quadro de funcionários e o monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados²².

Para início, cabe dizer da normativa que funciona como regra geral imposta pelo COAF por meio da Resolução nº 24. Datada de janeiro de 2013, justamente de forma a atender as alterações trazidas na Lei de Lavagem de Valores em 2012, essa normativa é um tanto abrangente, mas pode ser resumida – para o que se pretende neste estudo – ao seu âmbito de atuação que pode ser definido como “pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, nas operações financeiras, societárias ou imobiliárias.”. Como se depreende da própria leitura do texto, tal norma não se aplica aos advogados ou sociedades de advocacia, uma vez que existente o órgão regulador.²³ Basicamente, o texto reproduz o que é dito pela Resolução nº 24 do COAF no que tange às normas de prevenção à lavagem de capitais.

No entanto, ainda tratando do CFC, o que se tem como mais delicado é o disposto seção V, justamente atinente à análise de risco e das comunicações. Como ficará mais claro até o fim do presente artigo, por decorrência lógica, a maioria das questões preocupantes em quaisquer profissões reside justamente nestas duas situações.

Sobre as comunicações, a resolução do CFC é basicamente idêntica ao que dispôs a resolução nº 24 do COAF com um rol de fatores geradores de suspeita. Ainda, a norma prevê, em seu artigo 7º, um método de responsabilização – podendo ser considerada uma cláusula de reserva – que afasta o profissional que age nos estritos limites de padrão comportamental de seu labor ao estabelecer que as operações e transações passíveis de informação tidas como suspeitas não comunicadas ao

²² ROMANNI NETO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 52.

²³ Nesse mesmo sentido, o presidente da Associação dos Advogados de São Paulo se manifestou pela não obrigatoriedade dos advogados em se sujeitar às normas do COAF, diante da ausência de normativa expressa da Ordem dos Advogados do Brasil. “Coaf desobriga advogado de dar dados de cliente”. *Jornal O Estado de São Paulo*. 25 de janeiro 2013. Disponível em: “politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,coaf-desobriga-advogado-de-dar-dados-de-clienteimp-,988622”. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

COAF não serão alvo de responsabilização desde que seguido o curso normal de uma auditoria por amostragem, nos termos das normas técnicas do Conselho Federal de Contabilidade. Tal posicionamento difere do exposto na resolução nº 24 do COAF.

O Conselho Federal de Economia (COFECON), por sua vez, atuou logo após a normatização por parte do CFC. A norma, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2014 é muitíssimo semelhante aos textos reguladores do COAF e CFC, ambos já tratados.

No que tange às comunicações e a normativa do COFECON, basicamente restou reproduzido rol de operações suspeitas da Resolução número 24 do COAF – aquelas que devem ser analisadas com especial atenção, porém não de comunicação obrigatória imediata. No entanto, acertadamente, o COFECON excluiu do rol de operações de comunicação automática previstas na Resolução COAF 24 como: operações que envolvam pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie; e operações que envolvam pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por meio de cheque emitido ao portador, e; qualquer das hipóteses previstas na Resolução COAF nº 15.

Em suma, a regulamentação do COFECON trouxe como obrigações previstas aquelas clássicas, consistentes na identificação do cliente, a descrição pormenorizada do serviço prestado ou da operação realizada, o valor do serviço prestado ou da operação realizada, a data da prestação do serviço ou da realização da operação, a forma de pagamento, o meio de pagamento e o registro fundamentado da decisão de proceder ou não às comunicações.

Por fim, quanto à regulamentação nº 1.366/2014 trazida pelo COFECI em outubro de 2014, pode-se afirmar, conforme o fez Rommani Neto, que

embora exposta de forma mais sintética e específica para a classe dos profissionais atuantes no mercado imobiliário (...) é a Resolução que melhor se adequa aos objetivos propostos na Lei de Lavagem de Capitais, sem deixar de conferir maior segurança aos profissionais que representa.²⁴

²⁴ ROMANNI NETO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 59.

O COFECI, ainda, agiu positivamente ao restringir a aplicação da norma às atividades de fato praticadas pelos corretores imobiliários. Tratam-se de regras atinentes às pessoas jurídicas ou físicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, seja de forma principal ou acessória, ou em caráter permanente ou eventual. Assim, o COFECI se diferencia dos exemplos anteriores de CFC e COFECON limitando a abrangência do texto legal e garantindo maior segurança jurídica a seus profissionais associados, tal como – se for o caso – deve ser o entendimento da OAB quando da normatização dos serviços de advocacia frente à lei de lavagem.

Outro cuidado tomado pelo COFECI ao editar sua resolução, e que deve servir de norte para quando a resolução relativa à advocacia for normatizada, foi o de adaptar as operações de comunicação obrigatória à efetiva realidade dos serviços prestados pela categoria.

Em outras palavras – e aqui para que se tenha a clareza da importância da regulamentação – em normas regulamentadoras de profissões não bastam textos vagos ou imprecisos, justamente porque os textos inexatos já deveriam ter ficado a cargo do COAF (norma geral), ao passo que as regras de cada entidade de classe devem alinhar as preocupações em prevenção à lavagem, auxílio à lavagem ou colaboração para com a lavagem da respectiva classe e sua realidade cotidiana.

3.3. Conclusões intermediárias no cotejo entre as normas regulamentadoras de outras profissões e a inércia da advocacia

O que se depreende da leitura de regramentos impostos a outras categorias profissionais é que a inexistência de resolução apta a normatizar a situação da advocacia frente ao crime de lavagem de dinheiro é algo prejudicial aos próprios advogados. Isso para não dizer do prejuízo à prevenção de lavagem de capitais em si.

A movimentação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, tanto em território nacional, como no plano internacional – conforme se verá mais adiante –, já está formada. A pretensão da Ordem dos Advogados do Brasil em deixar de regulamentar a atuação do advogado que desenvolve suas atividades com consultorias e estruturação de operações societárias, imobiliárias e financeiras é prejudicial à própria classe.²⁵

²⁵ Crítica em igual sentido, mas para fora das questões da lavagem de capitais, foi feita de forma acertada e já antevendo o futuro por Renato de Mello Jorge Silveira, no

O exemplo já exposto dos conselhos de contadores, economistas e corretores imobiliários serve para mostrar que a normatização garante segurança jurídica. Quando bem formulado, o regramento pode tão somente beneficiar o bom profissional, que age nos limites da lei e garante a prevenção do delito de branqueamento de valores, conforme se espera de uma profissão indispensável à justiça²⁶, como é o caso da advocacia.

A inércia da OAB no tema pode ser vista com otimismo por muitos, uma vez que a ausência de normatização seria benéfica na medida em que esta gera uma ausência de obrigação-dever. No entanto, entende-se que é de se ver com pessimismo, porque a ausência de normatização funciona de forma satisfatória tão somente no plano da dogmática, uma vez que órgãos persecutórios se apropriam das lacunas da lei justamente para fazer imperar o arbítrio do punitivismo, ainda que o princípio da legalidade diga o inverso.

Fica, portanto, o questionamento: considerando-se a obrigatoriedade, por exemplo, daquele que presta aconselhamento ou assistência em operações financeiras, societárias ou imobiliárias de tomar medidas como *know your client*, registrar operações e comunicar operações aos órgãos competentes, como fica a situação dos advogados? Podem os advogados estruturar operações suspeitas, ainda que não tenham amplo conhecimento ou certeza de sua ilicitude? Qual o grau necessário de suspeita para que o advogado se abstenha de realizar tais operações? São obrigados a tomar as já mencionadas medidas de prevenção à lavagem? Tais medidas estão em confronto com o dever de sigilo profissional?

ano de 2015, sobre a colaboração premiada. À época, com o instituto ainda incipiente em terras brasileiras, Silveira afirmou que o “direito premial é, sim, realidade mundo afora, e, como tal, deve ser compreendida pelo Advogado.” (...) assim como no caso da lavagem, “a lei é absolutamente vaga, [e] este sim, seria um momento dos Tribunais aplicarem um certo ativismo para tentar minimizar os estragos à dignidade da pessoa humana, firmando posição que, de nenhum modo, o Estado, ou mesmo o Direito, tudo podem.” Para o texto completo, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A revolta do advogado e a angústia do acadêmico. **Portal Jota**. 12 de março de 2015. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolta-do-advogado-e-a-angustia-do-academico-12-03-2015>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

²⁶ Art. 133 da Constituição Federal: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” É justamente nesta inviolabilidade e nos limites positivos do sigilo profissional que a Ordem dos Advogados do Brasil deve agir em sua normatização.

Essas perguntas podem ser respondidas à luz da teoria das ações neutras no direito penal, sobre a qual se debruça em seguida.

4. Questões de autoria: teoria das ações neutras e sua aplicação na advocacia frente a questões da lei de lavagem de capitais

Inicialmente, repise-se que, da maneira como as normas de lavagem de capitais estão dispostas no Brasil, o advogado não é obrigado a tomar nenhuma das medidas de prevenção já mencionadas neste artigo. Isso porque, como já demonstrado, a inércia da Ordem dos Advogados do Brasil causa um vácuo legislativo que – em tese, e apenas em tese, porque na prática isso pode se tornar um malefício – retira esse ônus do advogado.

Nas palavras de Bottini sobre o tema, tem-se como correto e até natural a imposição do dever de abstenção do advogado em praticar a conduta, “vedando sua colaboração com qualquer ato de lavagem de dinheiro”.²⁷ Por consequência lógica, não se pode admitir tratar o profissional da advocacia “como informante para o combate do delito, situação que impede – de antemão – a construção de qualquer mínimo vínculo de confiança entre ele e o cliente, imprescindível para a atividade profissional.”²⁸

No entanto, ainda resta a discussão acerca do advogado que, a pedido de seu cliente, pratica um ato de estruturação financeira, societária ou imobiliária, que venha a futuramente ser considerada uma operação de lavagem de capitais.

O que se propõe a analisar neste tópico, portanto, não são as obrigações de registros de clientes, registros de operações ou comunicações a instituições reguladoras como o COAFA análise se dará no limite estrito da participação, por meio de atos clássicos da já classificada advocacia de *profissionais de consultoria ou operação extrajurídica*, em eventual crime de branqueamento de valores.

²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. In: **Estudos em Homenagem a Vicente Greco Filho**. Orgs. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 488.

²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. Portal Migalhas. 2 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245011/sigilo-inviolabilidade-e-lavagem-decapitais-no-contexto-do-novo-codigo-de-etica>>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

Tratando-se a lavagem de capitais de crime necessariamente doloso²⁹ – ao menos no ordenamento brasileiro³⁰ – tem-se como primeira medida de análise a participação comissiva nos crimes de lavagem de dinheiro.

Tem-se, portanto, a noção de ação arriscada, verificada quando, segundo o juízo de um homem prudente, do mesmo círculo social do autor, situado no momento da prática da ação e dotado de conhecimentos especiais, traz consigo a possibilidade de dano ao bem jurídico. No caso deste estudo, evidentemente, a administração da justiça.

Para que se tome um exemplo de modo a facilitar a compreensão da ocorrência deste risco não permitido, pode-se imaginar o advogado que é consultado por uma Pessoa Exposta Politicamente (PEP)³¹ para estruturação de uma operação societária. No caso, o simples fato de o cliente ser uma PEP não obriga o advogado a deixar de praticar a estruturação societária requisitada. Ocorre, porém, que, se o cliente passa a requisitar uma série de alterações societárias que fogem do escopo comum de atuação do advogado, por meio, por exemplo, da estruturação de sociedades anônimas fechadas e *offshores* em paraísos fiscais, tem-se como certo que estão reunidas condições suficientes para que o advogado apontado no exemplo, internamente, se veja alertado e se abstenha de praticar tais atos, diante das peculiaridades.

A conclusão parece ser simples, uma vez que o exemplo utilizado, propositadamente, foi exagerado. Porém, para exercícios menos gritantes de análise da conduta do advogado, deve-se lançar mão da análise a partir da teoria das ações neutras. Nas palavras de João Daniel Rassi, em referência a Ricardo Robles Planas, as ações neutras consistem em

condutas em si lícitas e intercambiáveis (conforme um padrão), realizadas por um indivíduo com o com o conhecimento de que outro indivíduo (o autor) lhe dará uma aplicação deliti-

²⁹ Como ensina Pierpaolo Cruz Bottini, sobre a lavagem de dinheiro no Brasil, “Apenas o comportamento doloso é objeto de repreensão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e vontade de agir naquele sentido”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³⁰ A lavagem de dinheiro na modalidade culposa é tratada de forma exaustiva e, para uma análise aprofundada a respeito, ver: BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 868 ss.

³¹ O rol de Pessoas Expostas Politicamente se encontra presente na Resolução nº 29 de 7 de dezembro de 2017 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

va, de forma que se revela, ao mesmo tempo, uma aparência delitiva e não delitiva [...] Por um lado, externamente se apresentam como inócuas e intercambiáveis, o que fundamenta sua ‘aparência de legalidade’, mas, por outro, em razão do conhecimento da posterior utilização delitiva, também se revela uma ‘aparência de antijuridicidade’.³²

Para que se tenha dimensão do assunto tratado – e realizando um paralelo com o que se analisa neste artigo – Jakobs exemplifica a situação do padeiro que vende um pão a um cliente tendo ciência de que tal pão será envenenado pelo referido cliente para matar alguém. Ou então, ainda Jakobs, faz referência ao taxista que transporta determinada pessoa que manifesta sua intenção de, ao cabo da corrida, praticar homicídio contra alguém que o aguarda no destino final.³³

Trazendo para a discussão deste texto, pode-se imaginar o advogado que fornece instrumentos típicos da advocacia para cliente PEP que o procura na intenção de, como já exemplificado, elaborar estruturação de sociedades anônimas fechadas e *offshores* em paraísos fiscais. Como conclui Aldo Romani Neto, tratam-se de ações lícitas que, a depender do contexto, podem levantar dúvidas sobre a participação punível do agente.³⁴

Nesse contexto, é de se observar dois possíveis enfoques na questão das ações neutras. Em um primeiro, tem-se a teoria subjetiva, que afirma que a punibilidade de uma conduta neutra varia de acordo do grau de conhecimento que tem o agente analisado em relação ao fim delitivo do autor do crime.³⁵ De outro lado, tem-se a teoria objetiva, segundo

³² RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014 (Coleção Diké, VII), p. 29.

³³ JAKOBS, Gunter. Moderna dogmática Penal, Estudos compilados, 2.ed. México: Porrúa, 2006, p. 216 *apud* ROMANI NETTO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais**. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – 2018.

³⁴ ROMANI NETTO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais**. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – 2018, p. 76.

³⁵ Para detalhes acerca da teoria subjetiva das ações neutras, ver: ROXIN, Claus. Informe sobre las discusiones. Acciones neutras y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; BERND, Schünemann; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000, p. 202 e ss.

a qual haverá a criação de um risco juridicamente desaprovado na participação quando houver uma violação ao dever de solidariedade.³⁶ Para fins desse trabalho, opta-se por utilizar a segunda, considerando-se sua melhor aplicabilidade nos casos dos eventuais delitos aqui tratados.

Tendo-se como superada a não obrigatoriedade de comunicação, considerando a ausência de normativa regulamentadora pela OAB, o estudo da conduta do advogado em praticar o ato deve se limitar, portanto, à análise da conduta no âmbito das ações neutras *sem deveres especiais*³⁷ – isto é, sem regulamentação própria para a conduta.

Como ensina Robles Planas,

nos âmbitos em que não existem deveres especiais, a atribuição da condição de partícipe deverá ser feita de forma muito restrita (...) Nestes casos, o risco será proibido quando a ação neutra apresentar uma conduta de *adaptação* ou *acomplamento* ao fato que virá a ser cometido.³⁸

Para solucionar o caso do advogado de operações que está diante de uma solicitação de um cliente, podem surgir dois pensamentos. Em primeiro, que do ponto de vista ético, é prudente que o advogado se abstenha de praticar tal ato. Em segundo, que, caso o advogado venha a praticar tal ato diante da incerteza de sua futura utilização para o cometimento de delito de lavagem de capitais, deve-se esperar – para afastar a ilicitude da prática – que o advogado esteja única e simplesmente praticando atos que faria para qualquer outro cliente. Diferente é a hipótese em que o advogado tem certeza daquele ato e o pratica, atingindo-se assim o dolo subjetivo necessário para a ilicitude do ato praticado.

Faz-se, aqui, menção ao exemplo clássico e à conclusão de Robles Planas, que, ao analisar o comerciante que vende um machado a um dos contendentes de uma briga que está ocorrendo em frente à sua loja, se

³⁶ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014 (Coleção Dikê, VII), p. 150.

³⁷ Sobre o tema e para aprofundamento na questão da distinção entre as ações neutras no âmbito dos deveres especiais ou na ausência destes, ver: ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

³⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. **La participación en el delito: fundamento y límites**. Madrid: Marcial Pons, 2003 *apud* ROMANI NETTO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais**. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – 2018, p. 85.

pergunta se há uma obrigação de evitar que tais ações favoreçam um fato delitivo iminente. Referido autor conclui que não há obrigação de evitar o resultado.³⁹ E aqui se concorda com o autor espanhol.

Nesse sentido, à luz dos pensamentos expostos e dos exemplos trazidos, pode-se concluir que, também ao advogado, não é cabível responsabilização penal quando da prática de ato específico do exercício da advocacia, ainda que este venha a colaborar para a prática de branqueamento de valores futuros pelo cliente, sem a consciência desta possível colaboração material.⁴⁰

5. Movimentação internacional frente à lavagem de capitais e os advogados

Para que se compreenda o atraso existente no Brasil no que tange ao regramento envolvendo a advocacia e a lavagem de dinheiro, é importante que se analise o histórico evolutivo desta mesma questão em outros países ou blocos econômicos mundo afora.

O exercício de análise do panorama internacional no combate à lavagem por meio de órgãos supranacionais – ainda que de *softlaw*, como é o caso do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) – pode se revelar um meio positivo para que se busque uma alternativa para eventuais e futuras implementações no Brasil.

Em 1991, a União Europeia pôs início à regulamentação nas normas preventivas do crime de branqueamento de valores por meio da Diretiva 91/308/CEE. Já revogada, tratava-se de expediente normativo que regulava tão somente as atividades de estabelecimentos de crédito e instituições financeiras. Voltava-se, especificamente, à identificação de clientes, à conservação de documentos e à comunicação de operações suspeitas aos órgãos de inteligência.

³⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003 *apud* ROMANI NETTO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – 2018, p. 86.

⁴⁰ Obviamente, não se cogita defender a não responsabilização do advogado que, sabidamente e com o dolo específico de colaboração, estrutura operações financeiras, societárias ou imobiliárias, com o fim específico de *ocultar* ou *dissimular* valor oriundo de infração penal antecedente. Trata-se, neste caso, de participação criminosa, nos termos do artigo 29 do Código Penal.

No entanto, a Diretiva 91/308/CEE de 1991 possuía em sua redação artigo de grande abrangência que outorgava aos países membros a possibilidade de produzirem material regulatório próprio a outros setores sensíveis que não aqueles elencados na diretiva, como, por exemplo, a advocacia⁴¹.

Assim, diante da amplitude da diretiva de 1991 que acabava por não garantir grande eficácia em seu campo de atuação sobreveio, no ano de 2001, também no âmbito da União Europeia, a Diretiva 2001/97/CE. Tal dispositivo ampliou o rol de setores sensíveis à influência de agentes delitivos para lavagem de dinheiro e possibilitou a inserção do advogado consultivo para casos imobiliários, societários e financeiros como obrigado a comunicar operações. Veja-se que a normativa apenas possibilitou a inserção, mas não agiu de forma vinculante para criar tal obrigação.

Tratou a Diretiva 2001/97/CE de dispor de situações em que havia incompatibilidade entre o sigilo profissional assegurado aos advogados e os deveres de comunicação para prevenção de lavagem de capitais. O texto legal cuidou de determinar que os Estados-Membros assegurassem que as obrigações estabelecidas na diretiva fossem impostas, dentre outras pessoas, aos “Notários e outros *profissionais forenses independentes*, quando participem: a) Prestando assistência, na concepção ou execução de transacções por conta dos clientes relacionadas com: i) a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais, ii) a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos, pertencentes ao cliente, iii) a abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários, iv) a organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades, v) a criação, exploração ou gestão de *trusts*, de sociedades ou de estruturas análogas; b) Agindo em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transacções financeiras ou imobiliárias.”.

Para que não houvesse dúvidas, no entanto, a Diretiva 2001/97/CE tomou o cuidado de esclarecer que as obrigações aos *profissionais forenses independentes*, aqui entendendo-se como os advogados, não podem ultrapassar o limite do direito de defesa⁴².

⁴¹ Os Estados-membro procurarão tornar a totalidade ou parte das disposições da presente directiva extensivas às profissões e categorias de empresas que, não sendo estabelecimentos de crédito nem instituições financeiras tal como referidas no artigo 1o, exercem actividades especialmente susceptíveis de serem utilizadas para efeitos de branqueamento de capitais. (UNIÃO EUROPEIA, 1991, *on-line*).

⁴² Sobre o tema, importante precedente é o já citado caso ‘*Micheau x França*’. A normativa dispôs da seguinte forma em seu ponto 5: “Os Estados-Membros não

Mais a diante, especificamente no ano de 2003, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), órgão de *softlaw*, alterou suas já amplamente reconhecidas 40 recomendações⁴³, editadas inicialmente em 1990. Em que pese todo roteiro histórico traçado pelas recomendações, com sua constante modificação, tem-se como dignas de nota para este breve artigo as Recomendações 22 e 23.

A recomendação de número 22 é dirigida às atividades e profissões não-financeiras designadas (APFNDs), ao passo que a recomendação de número 23 cuida de forma específica dos advogados.

Em síntese, na recomendação 22 ficou disposto que as cautelas necessárias para prevenção da lavagem de capitais – dispostas nas recomendações 10, 11, 12, 15 e 17 do mesmo documento – se aplicam, dentre outros âmbitos como os cassinos, agentes imobiliários, comerciantes de metais preciosos, aos “*Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores – quando prepararem ou realizarem transações para seus clientes relacionadas às seguintes atividades: (a) Compra e venda de imóveis; (b) Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; (c) Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; (d) Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; (e) Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais.*”⁴⁴.

são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n° 1 aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo.”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5_7ce32a4-2_d5b-48f6-adb0_c1c4c7f7a192.001_0.02/DOC_1&format=PDF> Acesso em: 23 de junho de 2020.

⁴³ O documento completo referente às 40 recomendações está disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>, p. 28. Acesso em: 24 de junho de 2020.

Na mesma medida em que a recomendação 22 trata de fatos como cautela com informações sobre o cliente (*know your client*) e manutenção de registros, a recomendação 23 cuida de estabelecer a aplicação dos parâmetros de *compliance* interno e comunicação de operações suspeitas aos órgãos competentes justamente aos “*Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores devem comunicar operações suspeitas quando, em nome de um cliente ou para um cliente, se envolverem em uma transação financeira relacionada às atividades descritas no parágrafo d da Recomendação 22.*”⁴⁵, excluindo-se os advogados a repassarem aos órgãos eventuais informações que forem obtidas no mister de defendentes⁴⁶. Basicamente, tal exclusão respeita o direito de defesa e trata de se limitar aos advogados *profissionais de consultoria ou operação extrajurídica*, conforme divisão metodológica do início deste artigo.

Mais adiante, voltando-se ao âmbito da União Europeia, no ano de 2005, editou-se a Diretiva 2005/60/CE. Esta terceira normativa incluiu os advogados entre os profissionais a comunicar operações suspeitas, fazendo-o de maneira mais minuciosa no que diz respeito ao afastamento da obrigação de comunicação dos advogados envolvidos em representação perante juízo ou aqueles que façam consultas com este fim.⁴⁷

⁴⁵ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>, p. 30. Acesso em: 24 de junho de 2020.

⁴⁶ ESTELLITA, Heloísa. (coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. São Paulo: Editora FGV, 2016.

⁴⁷ Ponto 20 da introdução da normativa: “Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, 102 estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas actividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. *Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional*, salvo se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos”. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005L0060>> Acesso em: 24 de junho de 2020.

Seguindo em uma análise evolutivo-cronológica, no ano de 2010, a American Bar Association (ABA), instituição estadunidense, criou um guia de práticas voluntárias para os advogados prevenirem possível envolvimento em operações de lavagem.⁴⁸

Em vistas a todas estas legislações mencionadas, merece destaque o simples fato de se estatuir um padrão comportamental para nortear a atuação da advocacia. Entretanto, a criação de um âmbito de deveres de cuidados ao advogado não cogente deve ser vista com ressalvas. É dizer, aos olhos dos órgãos estatais acusadores ou persecutores, como Autoridades Policiais ou membros do Ministério Público, tal tipo de texto – de práticas voluntárias – pode ser usado para estabelecer um *standard* comportamental, quando na verdade, isso só pode acontecer por meio de norma de caráter obrigatório.

No ano de 2014, ainda no sentido de afastar qualquer obrigatoriedade de práticas de prevenção à lavagem, a International Bar Association editou o ‘*Lawyers Guide to detect and prevent money laundry*’⁴⁹. O texto é importante, para o que se propõe neste artigo, para entender algumas das práticas de prevenção, tal como a realização de profunda análise do perfil do cliente que procura o serviço advocatício para estruturação de contratos ou negócios tributários, societários ou imobiliários que possam levantar suspeita. Nesse marco, a *recomendação* – e aqui permanece a crítica de se mostrar algo facultativo – é no sentido de abstenção da realização do trabalho solicitado pelo cliente quando houver algum indício de tentativa de lavagem de capitais por parte daquele cliente.

Por fim, tem-se o mais importante marco legislativo em nível internacional. Trata-se da quarta diretiva europeia de prevenção à lavagem de capitais (Diretiva UE 2015/849)⁵⁰, elaborada pelo Parlamento Europeu no ano de 2015. Tal medida conferiu aos Estados-Membros a obrigação de implementação das medidas nela contidas até 26 de julho do ano de 2017.

⁴⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION. Voluntary good practices for guidance for lawyers to detect and combat money laundering and terrorist financing. April 23, 2010.

⁴⁹ Disponível em “https://www.anti-moneylaundering.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=3_DBCE981-598E-45E6-8723-CC89C89E8086”. Acesso em: 26 de junho de 2020.

⁵⁰ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

Nos termos expostos por Heloisa Estellita⁵¹, esta última Diretiva reforçou todos os âmbitos das medidas preventivas, passando a determinar a inclusão de novos obrigados a cumpri-las como os consultores tributários, normatizando o crime tributário como antecedente da lavagem, exigindo a identificação e registro dos beneficiários finais de sociedades, *trusts*, fundações e estruturas análogas, além de inserir medidas especiais com relação às pessoas expostas politicamente.

Especificamente sobre os advogados, a medida determina que os “membros de profissões jurídicas independentes, quando participarem em operações financeiras ou societárias, mas, especialmente, quando prestarem serviços de consultoria fiscal (artigo 2º, 3, a), devem se submeter às medidas de prevenção à lavagem: identificação do cliente, manutenção de registros e comunicação de operações suspeitas⁵²”.

Trata-se de medida que claramente obriga que os Estados-Membros reforcem suas ações para que advogados consultivos de operação passem a comunicar seus atos aos órgãos governamentais de controle apropriados. Como já dito, deve-se enxergar tal fato com bons olhos, na medida em que garante segurança a tais advogados, afastando a laconicidade das leis e eventual arbítrio por quem deseje se aproveitar destas lacunas.

Como ocorreu em todas as normativas anteriores, há também na 4ª Diretiva da União Europeia um dispositivo permissivo para casos de não-comunicação de informações recebidas ou obtidas em razão de processo judicial.⁵³

Evidentemente, a anuência com a não-comunicação do advogado que estiver desempenhando seu papel em respeito à defesa de

⁵¹ ESTELLITA, Heloisa. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia de 2015: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicioadvocacia-regulacao-europeia>>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

⁵² Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

⁵³ Art. 34, ponto 2. “Os Estados-Membros isentam das obrigações estabelecidas no artigo 33, n 1, os notários, outros membros de profissões jurídicas independentes, os auditores e revisores oficiais de contas, técnicos de contas externos e consultores fiscais, exclusivamente na estrita medida em que tal isenção diga respeito às informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no decurso da apreciação da situação jurídica do cliente ou da defesa ou representação desse cliente em processos judiciais ou a respeito de processos judiciais, mesmo quando se trate de conselhos prestados quanto à forma de instaurar ou evitar tais processos, independentemente de essas informações serem recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo.”

seu cliente – seja no contencioso judicial ou extrajudicial, seja em consultas para fins litigiosos – é uma medida acertada, para não dizer óbvia e esperada.

6. Conclusão

Num cotejo analítico entre o atual estágio da situação legislativa brasileira – posta pela lei de lavagem de capitais e suas modificações do ano de 2012, unindo-se à ausência de normativas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil – e o panorama legal internacional, seja de normas cogentes ou de *soft law*, chega-se à conclusão da prematuridade do modelo de prevenção à lavagem de capitais no Brasil.

Essa prematuridade – observável pela constante e recente modificação das normas regulamentadoras do setor – é mais ainda presente no campo da advocacia. Neste espectro, a situação de instabilidade se revela mais grave e flagrante no que diz respeito aos advogados “profissionais de consultoria ou operação extrajurídica” que assessoram ou colaboram materialmente para operações financeiras, societárias ou tributárias, sem que estas se limitem à análise jurídica, levando-as a cabo enquanto operações.

Como demonstrado, a ausência de normas reguladoras afasta a responsabilidade dos advogados em praticar os atos clássicos de prevenção de lavagem de capitais⁵⁴, porém, permanece intacta a obrigatoriedade em se abster de praticar atos que posam colaborar com o branqueamento de valores. É dizer, nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini, que “o advogado não tem o *dever de comunicar* atos suspeitos de lavagem, mas tem o *dever de se abster* de contribuir para sua prática. Caso participe da prática ilícita e tenha *dolo de colaborar* com o crime, será punido, ao menos a título de *participação*”⁵⁵. Ainda segundo o autor, a advocacia não pode se prestar ao papel de se tornar um porto seguro para a prática de delitos, principalmente os atentatórios à administração da justiça.

⁵⁴ Em que pese a ausência de regulamentação e, portanto, a inexistência de norma que obrigue o advogado a tomar tais medidas de prevenção, há quem entenda pela incidência desta responsabilidade. Para tanto, ver: DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 20, n° 237, p. 9, agosto/2012.

⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. In: **Estudos em Homenagem a Vicente Greco Filho**. Orgs. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 488.

Justamente por isso, verificam-se duas conclusões necessárias: (a) a ocorrência da obrigatoriedade de abstenção do advogado quando se deparar com cliente que solicite a estruturação de operações que tenham finalidades obtusas e que aos olhos do profissional médio despertem desconfiança para a ocultação e dissimulação de valores. Tal ponto é resultado tanto da lei penal, numa análise da própria lei de lavagem de capitais em adição ao artigo 29 do Código Penal sobre eventual participação ou coautoria; (b) a necessidade de normatização, pela Ordem dos Advogados do Brasil, das atividades e dos contextos em que se surja a necessidade de violar o sigilo profissional *com justa causa*, sob a incidência do artigo 34, inciso VII do EOAB, exclusivamente para casos em que não se veja afetado o direito de defesa.

Sobre este segundo ponto, atinente à normatização pela OAB das situações de obrigatoriedade de comunicação aos órgãos de controle, conclui-se que tal regulamentação deve se dar sob quatro âmbitos, a saber: (a) abrangência dentro da própria classe dos advogados para obrigar tão somente aqueles que participem, enquanto advogados, da estruturação e elaboração de operações societárias, tributárias e imobiliárias; (b) causas de comunicação, apontando o que deve ser visto pelo advogado como fato de comunicação obrigatória, para aqueles casos em que a atividade a ser desenvolvida não se apresentar manifestamente ilícita a ponto do causídico se abster de prestá-la; (c) método de comunicação, apontando-se uma própria comissão dentro da OAB para receber casos em que o advogado vislumbre a possibilidade de haver conflito normativo entre a obrigatoriedade de comunicação e o dever de sigilo; (d) métodos de guarda de documentos e manutenção de registros acerca dos clientes em caso de futuras solicitações dos órgãos regulamentadores.

Em suma, o panorama atual leva à conclusão de ausência de fato típico por parte do advogado que recebe honorários de origem ilícita, evidentemente não sendo esta a conclusão para o advogado que devolve parte dos honorários ao cliente ou sequer chega a prestar os serviços contratados. Igualmente, tem-se como atípica a conduta do advogado que, dentro dos limites da prudência atinentes ao advogado médio para aquele tipo de serviço e naquele contexto, estrutura operações que venham a ser consideradas como lavagem de capital a posteriori.

Ao cabo, vislumbra-se urgente uma movimentação legislativa e política por parte da Ordem dos Advogados do Brasil para, a exemplo do que ocorreu na prática portuguesa e espanhola – bem como, por exemplo, das entidades de classe dos economistas ou contadores – regulamentar os casos em que o advogado de operações se veja

permitido a realizar uma operação e comunicar os fatos atinentes a esta, diante de determinado grau de suspeita ou anormalidade, ou caso seja instado pelas autoridades competentes.

Referências

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 4. ed. Navarra: Aranzadi, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. *In: Estudos em Homenagem a Vicente Greco Filho*. Orgs. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. São Paulo: LiberArs, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Lavagem de dinheiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 20, n° 237, p. 2, agosto/2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. Portal Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245011/sigilo-inviolabilidade-e-lavagem-decapitais-no-contexto-do-novo-codigo-de-etica>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa; BADIN, Luiz Armando; VILARDI, Celso Sanches. Advocacia e lavagem: é preciso desfazer alguns mal entendidos. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-03/advocacialavagem-preciso-desfazer-alguns-mal-entendidos>>. Acesso em: 2 de junho de 2020.

COCA VILA, Ivo. **El Abogado Frente Al Blanqueo De Capitales** ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a La Sentencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos De 6 De Diciembre De 2012 (Tedh 12323/11) Caso Michaud Contra Francia. INDRET, n. 4, 2013.

DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 20, n° 237, p. 9, agosto/2012.

DIEZ, Carlos Gomez-Jara. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: ¿Garante del Estado o defensor del cliente? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 20, n° 237, p. 11, agosto/2012.

ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**: advogados como sujeitos obrigados e como acusados pela prática de lavagem de capitais. São Paulo: Editora FGV, 2016.

_____. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicioadvocacia-regulacao-europeia>>. Acesso em: 1º de junho de 2020.

_____. Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco. Consultor Jurídico. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagemcapitais-exercicio-advocacia-risco>>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. *In*: OLIVEIRA, William Terra de (Org.) *et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, v. 1, 1.ed. São Paulo: LiberArs, 2013.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014 (Coleção Diké, VII).

RASSI, João Daniel; GRECO FILHO, Vicente. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 20, nº 237, p. 13, agosto/2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las “conductas neutrales” en derecho penal; la discusión sobre los límites de la complicidad punible. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2008, jan./fev., v. 16, n. 70.

ROMANI NETTO, Aldo. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2018.

ROXIN, Claus. Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin. *In*: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; BERND, Schünemann; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A revolta do advogado e a angústia do acadêmico. **Portal JOTA**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolta-do-advogado-e-a-angustia-do-academico-12-03-2015>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

OCULTAR OU DISSIMULAR DE QUEM? POR UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS VERBOS NUCLEARES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

*TO HIDE AND TO DISSIMULATE FROM WHOM? FOR A RESTRICTIVE
INTERPRETATION OF THE NUCLEAR VERBS OF MONEYLAUNDERING*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p153-169

Sérgio Quintão e Silva Filho
*Mestrando em Direito Penal Contemporâneo pela
Universidade Federal de Minas Gerais.*

Data de recebimento: 12/11/2020

Data de aceite: 02/12/2020

Última versão do autor em: 03/12/2020

Área: Direito Penal

Resumo:

O presente texto surge com o intuito de fomentar com algumas reflexões a Comissão de Juristas instituída para a reforma do tipo objetivo da norma que criminaliza a lavagem de dinheiro. Inicialmente, almejamos demonstrar que a dificuldade interpretativa do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613 de 1998, que criminaliza a lavagem de dinheiro, decorre de sua redação empregar o verbo ocultar sem indicar com precisão *o que* se oculta e *de quem* se oculta. Para isso, apontamos como esses elementos são interpretáveis de outros tipos penais que se utilizam do mesmo verbo, e a partir desses parâmetros estabelecemos algumas premissas necessárias para a interpretação dessas informações no contexto da lavagem de dinheiro. Com isso, formulamos uma hipótese na qual o verbo *ocultar* se refere aos atributos do proveito econômico do crime elencados no tipo (natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade), no sentido de que esses se manifestam como dados e informações, jamais ao proveito econômico em si, e que esses atributos seriam ocultados do *sistema antilavagem nacional*, que é estabelecido pela própria Lei n.º 9.613 de 1998. Ao final, abordamos resumidamente

algumas consequências práticas dessa reflexão, e como elas poderiam ser utilizadas para a reforma da lei.

Palavras-chave:

Lavagem de dinheiro; Ocultação; Conceito; Elemento normativo; Sistema antilavagem.

Abstract:

The present text appears with the intention of promoting with some reflections the Commission of Jurists instituted for the reform of the 'objective criminal type' of the norm that criminalizes money laundering. Initially we aim to demonstrate that the interpretative difficulty of art. 1º, caput, of Law n.º 9.613 of 1998, which criminalizes money laundering, it follows from its wording to use the verb hide without accurately indicating what is hidden and from whom it is hidden. For that, we point out how these elements are interpretable from other criminal types that use the same verb, and from these parameters we establish some necessary premises for the interpretation of this information in the context of money laundering. With that, we formulate a hypothesis in which the verb 'to hide' refers to the attributes of the crime's economic benefit listed in the criminal type (nature, origin, location, disposition, movement or property), in the sense that these manifest themselves as data and information, and never the economic benefit itself, and that these attributes would be hidden from the national anti-washing system, which is established by Law n.º 9.613 of 1998. In the end, we briefly discuss some practical consequences of this reflection, and how they could be used for the reform of the law.

Keywords:

Money laundering; Hide; Concept; Normative elemento; Anti-washing system.

Sumário: 1. Introdução; 2. O elemento de complexidade na interpretação do tipo penal; 3. Um caminho possível; 4. Consequências práticas desse conceito de ocultação; 5. Conclusão.

1. Introdução

Tanto o judiciário¹ como parcela considerável da doutrina especializada sobre o delito de lavagem de dinheiro² reconhecem a dificuldade

¹ “Tendo em vista o grau de abertura do tipo penal e as grandes variações na forma de execução, bem como o fato de não estar o conhecimento ainda consolidado,

em compreender e delimitar o conteúdo da proibição do art. 1º da Lei n.º 9.613/1998. Por esse motivo, a instituição de uma Comissão de Juristas responsáveis para a elaboração de um anteprojeto de reforma dessa lei³, especificamente no tocante à tentativa de conter o alargamento do tipo objetivo do crime, é absolutamente pertinente e necessária.

Uma vez que o termo *reforma* transmite a ideia de aprimoramento, aproveitando-se as vantagens da estrutura já existente sem os danos e custos de sua completa destruição, pode vir a ser útil a exposição de algumas premissas e reflexões que norteiam nossa pesquisa acadêmica em sede de mestrado na Universidade Federal de Minas Gerais. É que, orientado pelas mesmas considerações que justificaram a instituição da referida comissão⁴, temos como objeto de análise justamente o tipo objetivo do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998. Mais precisamente, a busca por um conceito jurídico penal dos verbos nucleares *ocultar* e *dissimular* no contexto dessa lei.

os organismos internacionais têm trabalhado com a identificação de tipologias, de forma comuns de ocorrência de lavagem de dinheiro”. APn 458/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Corte Especial do STJ.

² Essa questão é bem exposta por Carla Veríssimo De Carli em: **Dos crimes: aspectos objetivos**. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 234. Segundo a autora, “a maior dificuldade no delito em exame é a identificação das condutas que estão compreendidas pela norma e aquelas que ficam fora de seu alcance, especificamente na modalidade ocultar. Quando o bem terá sido ocultado? Quando a Justiça não mais conseguir encontrá-lo? Ou já nas primeiras transações, que se sucedem, visando formar as várias camadas de operações, para distanciá-lo cada vez mais de sua origem ilícita? A lavagem de dinheiro é um processo ou é o resultado de um processo? Esconder dinheiro no fundo falso de um automóvel, enterrar o produto do tráfico de drogas é ocultar, na acepção típica do *caput*?”. No mesmo sentido de reconhecer a abrangência da norma: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. – 10. ed. rev., atual. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

³ A comissão foi instituída pelo Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 08 de setembro de 2020.

⁴ Principalmente, as considerações de que “decisões judiciais têm promovido um alargamento do tipo objetivo do crime de lavagem contrário à lei e em afronta ao princípio da subsidiariedade do direito penal, promovendo condenações em casos que extrapolam a previsão legislativa”, e que “o debate existente sobre a natureza jurídica do delito de lavagem de capitais, se instantâneo ou permanente, cuja definição pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal”, consignadas nos Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 08 de setembro de 2020.

No ponto em que a pesquisa busca a delimitação do conteúdo da proibição do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 por meio da interpretação da norma vigente, antecipamos que nossas reflexões não implicarão *abolitio criminis* e nem uma grande revolução do tipo. Contudo, evidenciarão a atipicidade de casos que já não deviam ser considerados como crime⁵, fornecerão elementos para a resolução das questões dogmáticas do delito não pacificadas e possibilitarão uma melhor disposição sistêmica da lavagem no ordenamento⁶. Assim, o que vislumbramos como possível e adequado de *lege lata*, poderá ser explicitado de *lege ferenda*.

2. O elemento de complexidade na interpretação no tipo penal

Em que pese o fenômeno da lavagem de dinheiro ser muitas vezes compreendido como um procedimento complexo, estruturado sobre três etapas distintas (colocação, dissimulação e integração⁷), não acreditamos ser essa a fonte da complexidade interpretativa da norma. Não apenas em razão de não ser necessário “nem êxito definitivo

⁵ São os casos que ainda não são pacificados, mas que a jurisprudência caminha para a confirmação de que não constituem crime de lavagem. Por exemplo, o caso hipotético em que o indivíduo apenas enterra no quintal um valor proveniente de infração penal, ou quando os valores provenientes de crime são depositados na conta da empresa do autor do delito antecedente.

⁶ Em especial, na delimitação do injusto de lavagem em contraposição à receptação e ao favorecimento real.

⁷ A lavagem de dinheiro, como fenômeno, é entendida como um processo que pode ser dividido em três fases: a primeira fase consiste na introdução no sistema econômico dos valores obtidos ilegalmente, e pode ser denominada como *placement*, colocação, conversão ou ocultação; a segunda fase é a responsável por desvincular o dinheiro de sua origem ilícita, dificultando o seu rastreamento, e pode ser denominada como *layering*, mascaramento, dissimulação, estratificação ou transformação e; a terceira fase, denominada como integração, é quando os bens, já com aparência lícita, são introduzidos na economia. Expõe sobre isso: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 32-33; BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com as leis 13.254/2016 ('Repatriação de Ativos') e 13.260/2016 ('Antiterrorismo'). Curitiba: Juruá, 2017, p. 39-40; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 444-445; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36-37.

da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada ‘engenharia’ financeira transnacional, com os quais se ocupa a literatura”⁸ para a tipificação da lavagem, mas principalmente pelo fato de serem nos casos “simples” que o juízo de tipicidade é tensionado.

Por exemplo, não é questionável que um esquema em que uma empresa de fachada que recebe dinheiro oriundo do crime, o contabiliza como se fosse um serviço prestado, paga os respectivos tributos e repassa os valores aos seus proprietários a título de lucro, constitui um procedimento complexo e perfeitamente subsumível ao tipo do art. 1º, *caput* da Lei n.º 9.613/1998, na modalidade “dissimulação da origem dos valores provenientes de crime”. Noutro giro, casos simples como o mero enterro do produto de um roubo, ou recebimento de valores oriundos de corrupção em conta bancária da própria empresa, ou da esposa, implicam divergências doutrinárias⁹ e jurisprudenciais¹⁰.

Esses casos de simplicidade fática suscitam o questionamento: “é lavagem ou não é?”. Contudo, uma vez que a nossa norma proibitiva não demanda um procedimento complexo e nem a realização integral das três etapas que configurariam uma operação de lavagem de dinheiro, a interpretação do fato tido como criminoso por meio da comparação do que é entendido como o *fenômeno*, pouco auxilia para uma adequada subsunção do fato à norma. No caso, a pergunta a ser respondida é apenas se a conduta posta em questão é subsumível à conduta de *ocultar* ou *dissimular* inscritas no tipo penal.

Nesse contexto, acreditamos que a principal fonte da complexidade interpretativa da norma consiste na abrangência semântica desses verbos, principalmente o *ocultar*. É que uma vez que o verbo *dissimular*

⁸ Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 80.816, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

⁹ A divergência da doutrina sobre o ato de esconder o produto do crime pode ser notada nas opiniões de Cezar Roberto Bitencourt (**Tratado de direito penal econômico, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 460) e Pierpaolo Cruz Bottini (**Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016). Enquanto o primeiro nega a tipicidade objetiva da conduta de mera ocultação do produto do crime, o segundo a sustenta, delegando a resolução da questão para a tipicidade subjetiva.

¹⁰ Exemplifica essa divergência o substrato fático dos votos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 80.816 e da Ação Penal 996, ambos proferidos pelo STF. Mais adiante eles serão abordados com maior clareza.

possui um sentido de *ocultar com fraude ou astúcia*¹¹, a compreensão do que constitui uma dissimulação perpassa pela compreensão do que constitui uma ocultação. Logo, e isso é o mais relevante para o juízo de tipicidade, para a descaracterização de uma conduta como *dissimulante* basta a constatação da inexistência de fraude ou astúcia. Contudo, esse recurso não é suficiente para descaracterizá-la como *ocultante*, de modo que sob esse prisma ela continuará possuindo relevância penal.

Para delimitar em que consiste uma conduta de *ocultar*, entendemos ser necessário ter clareza sobre *o que se oculta e de quem se oculta*. Todavia, tais dados não são expressos no tipo penal, demandando um exercício mais elaborado de interpretação. Essas informações, além de necessárias para uma delimitação do conteúdo proibido, são úteis para identificar a idoneidade e a efetividade do meio empregado para a *ocultação* e refletem na possibilidade de aferição do grau de afetação ao bem jurídico protegido pela norma.

A criminalização da *ocultação*, sem a informação precisa *de quem se oculta*, pode implicar a criminalização de situações que deveriam constituir mero pós-fato impunível. Como exemplo, temos o substrato fático do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 80.816 (fonte do precedente citado anteriormente) que deixou de trancar a ação penal por lavagem de dinheiro em que o autor do delito de concussão teria depositado o proveito do crime via cheque em conta bancária de sua empresa, fato que hoje, provavelmente, seria considerado atípico¹². Aqui, em que pese o sigilo bancário dar um tom de ocultação, vez que

¹¹ A exemplo: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 67-68; MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65; BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com as leis 13.254/2016 ('Repatriação de Ativos') e 13.260/2016 ('Antiterrorismo'). Curitiba: Juruá, 2017, p. 76; CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 120.

¹² Na esteira de entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da AP 470, se mesmo por interposta pessoa o mero recebimento da vantagem decorrente da mercancia da função pública não é conduta apta a configurar o delito de lavagem de capitais, tal conclusão, por uma questão lógica, merece incidir sobre a conduta do próprio agente público que acolhe a remuneração indevida. (AP 996, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018)

os valores não são expostos ao público, em razão das regras vigentes no sistema *antilavagem*, um depósito de elevada quantia em uma conta bancária opera, em verdade, como um sinal de alerta para as autoridades investigativas, em razão das regras vigentes no sistema *antilavagem* (art. 9 a art. 11 da Lei n.º 9.613/1998). Além disso, a titularidade da conta bancária ser da pessoa jurídica não esconde a vinculação dos valores ao proprietário dessa. Pelo contrário, caso ele esteja devidamente referenciado no contrato social, ou cadastrado como responsável pela conta bancária, esse ato é de exposição.

Ademais, a criminalização da *ocultação*, sem a delimitação precisa *do que e de quem* se oculta, implica respostas intuitivas a casos em que os atos de exposição e ocultação variam a depender do referencial do qual se observa os fatos. Vejamos esses dois casos hipotéticos: em um mesmo voo internacional, dois indivíduos transportam para o exterior um proveito econômico de crime consistente no valor de cem mil reais. Um leva esse valor exposto em seu pulso, na forma de um valioso relógio, cujo valor não é informado para as autoridades alfandegárias. O outro leva esse valor em notas, armazenadas em um fundo falso de sua mala, mas informa esses valores às autoridades alfandegárias. De maneira intuitiva, recorrendo à interpretação do fenômeno da lavagem de dinheiro, é possível afirmar que somente no primeiro caso ocorrerá uma ocultação criminosa. Contudo, utilizando-se unicamente o tipo penal do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998, essa resposta não é óbvia, vez que os valores estavam ocultos em um fundo falso da mala. Isso porque, no caso intuitivamente considerado criminoso, o proveito econômico de crime estava absolutamente exposto aos “olhares públicos”¹³, enquanto no caso atípico esse estava *oculto* em um fundo falso da mala. Para que se chegue à conclusão de que o relevante em ambos os casos é a ocultação na informação da movimentação dos valores à autoridade pública, o

¹³ Para Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini “ocultar é todo e qualquer ato inicial de encobrimento do produto ilícito dos olhares públicos” e que, assim, “o simples ato de esconder os bens ou movimentá-los de forma capaz de ludibriar a fiscalização é considerada lavagem de dinheiro do ponto de vista objetivo”. Os autores buscam uma restrição do alcance do termo pelo viés do tipo subjetivo e afirmam que o crime por meio da ocultação se consuma “com o simples encobrimento, através de qualquer meio, desde que acompanhado da intenção de converter o bem futuramente em ativo lícito”. (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.119 e 121)

que parece ser o cerne da questão, é necessária uma interpretação mais aprofundada da norma.

A necessidade de se complementar o verbo *ocultar* pode ser percebida no Código Penal Brasileiro (CPB) quando da análise de tipos que fazem isso expressamente – que referenciaremos como o primeiro grupo de tipos. O art. 177 (Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações) proíbe a fundação de sociedade por ações, *ocultando fraudulentamente fato a ela relativo em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia*¹⁴. De igual maneira, o art. 236 (Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento) pune aquele que, ao contrair casamento, *oculta do outro contraente impedimento que não seja casamento anterior*¹⁵. Em ambos os casos é possível compreender *de quem* se oculta, bem como que o objeto da ocultação possui a natureza de uma *informação* devida.

Há também casos em que o tipo não é expresso em informar *de quem* se oculta. Entretanto, o sentido do verbo pode ser compreendido a partir da natureza do objeto de incidência da *ocultação*, de modo que a relação possível entre verbo e objeto tem essa informação como inerente – que referenciaremos como o segundo grupo de tipos. Esse raciocínio é o que permite a compreensão da norma do art. 211 do CPB (Destruição, subtração ou ocultação de cadáver), que proíbe “ocultar cadáver ou parte dele”, e do art. 180 do CPB (Receptação) que proíbe a ocultação em proveito próprio, ou alheio, de coisa que saiba ser produto de crime. Em ambos os casos, o alvo da ocultação é um objeto corpóreo, de modo que funciona de maneira satisfatória a ideia de que “ocultar é colocar a coisa em local onde seja difícil encontrá-la ou localizá-la”¹⁶. Aqui, não é viável uma ocultação criminosa por meio

¹⁴ Art. 177 – Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

¹⁵ Art. 236 – Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 359. Abordagem análoga é feita por Regis Prado, apoiado na doutrina clássica de Antônio Jose da Costa e Silva em: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 992.

de *omissão* própria. Além disso, ambos objetos materiais possuem em si um valor social e cultural que informam ao agente a necessidade de comunicar a sua localização às autoridades, ou pelo menos, não as retirarem do local em que elas se encontram.

Contudo, o verbo *ocultar* no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 não possui os auxílios interpretativos de nenhum desses dois cenários. O tipo não se encontra dentro do primeiro grupo de tipos por nele não ser expresso em *relação a quem se oculta*, e a maneira *como se oculta*¹⁷. O tipo também não se adequa ao segundo grupo de tipos, vez que o objeto de ação dos verbos não é corpóreo. Diferentemente do que ocorre no art. 180 do CPB, a ocultação não incide diretamente sobre o *proveito econômico* do crime antecedente, mas em seus atributos/características indicados como “*natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade*”. No entanto, a compreensão de como seriam essas condutas não é intuitiva, tanto que ela não é abordada em seus pormenores pela doutrina, que analisa o tipo como se os verbos atuassem diretamente sobre o *proveito econômico*¹⁸. Destaca-se que foi a analogia com o tipo do art. 180 do CPB que fundamentou a conclusão pelo caráter permanente do crime de lavagem de dinheiro no julgamento da Ação Penal n.º 863, perante a 1ª Turma do STF, sem que tenha se atentado para essa diferenciação.

3. Um caminho possível

O que há de comum entre o tipo do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 e os dois grupos de tipo que empregam o verbo *ocultar* é: um *objeto da ação* imaterial que possui a característica de um dado, ou

¹⁷ Ressalta-se que essa última omissão no texto foi planejada pelo nosso legislador, que elegeu os termos *ocultar* e *dissimular* no intuito que eles operassem como resultados proibidos em relação a qualquer conduta sobre o objeto material. Conforme exposto na exposição de motivos da Lei n.º 9.613/1998: “47. Em primeiro lugar, inclui todas e quaisquer ações, sejam elas quais forem, que obtenham, como resultado, a ocultação ou a dissimulação da ‘natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, (...)’ dos crimes elencados (*caput* do art. 1º).”

¹⁸ A título exemplificativo: “Assim, o ato de enterrar dinheiro ou escondê-lo em fundos falsos, do ponto de vista objetivo, perfaz a ocultação, uma vez que o produto da infração foi escondido, escamoteado, mas tal conduta somente caracterizará lavagem de dinheiro se acompanhado da intenção de reintegrá-lo posteriormente à [ordem] econômica com aparência de licitude”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

informação (como no primeiro modelo); e a necessidade de se interpretar o sentido da conduta proibida a partir da relação *verbo e objeto da ação* (como no segundo modelo).

Diante desse quadro, o que buscamos em nossa pesquisa é compreender o sentido dos verbos do tipo sob as seguintes premissas: i) quem *oculta* e *dissimula* atua sobre um objeto, encobrendo-o de um “alguém” que busca o seu desvelamento; ii) para compreender quem seria esse “alguém” é necessário compreender a natureza desse objeto da ação, e, assim, como ocorreria essa interação verbo/objeto; iii) tratando-se de uma norma penal, o fundamento do objeto da ação e desse “alguém” possuem natureza normativa, emanando principalmente da Lei n.º 9.613/1998 que tipificou a conduta de lavagem de dinheiro e instituiu o sistema *antilavagem* nacional.

Sob essas premissas, partimos para a averiguação das seguintes hipóteses: em primeiro lugar, em razão do princípio da legalidade, os verbos do tipo do *caput* artigo 1º da Lei n.º 9.613/1998 não incidem diretamente sobre os produtos do crime antecedente, mas nas características elencadas no artigo (natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade). Caso ocorra a ocultação/dissimulação do produto do crime em si, haverá a incidência desse tipo penal se esse efeito for verificado também nessas características. Nos casos hipotéticos de transporte de valores via voo internacional, ficou demonstrado que a ocultação do proveito em si não implica automaticamente a ocultação de sua localização. O acerto sobre essa hipótese tem o efeito sistêmico de tornar nítida a distinção do injusto da *receptação* do injusto da *lavagem*. No primeiro, é proibido a ocultação do proveito econômico ilícito em si (necessariamente manifestado em uma coisa), no segundo é proibido a ocultação de seus atributos, o que é mais grave por não implicar óbice à sua circulação física no mercado.¹⁹

¹⁹ Cezar Roberto Bitencourt chega a uma reflexão parecida, mas faz isso associando o conceito da *ocultação* ao da *dissimulação*, como se não fossem verbos autônomos no tipo penal: “Com isso pretendemos desde já demonstrar que o *simples ato de esconder* fisicamente o *produto ou proveito direto* de uma infração penal é, em si mesmo, um comportamento atípico, quando praticado pelo próprio agente da infração penal antecedente, pois nesse caso não passa de mero exaurimento. Quando a *ocultação física* do produto direto é praticada por um terceiro, estaremos diante da possibilidade de configurar o *crime de receptação*, tipificado no art. 180 do CP (ou mesmo de *favorecimento material*, dependendo do caso). Somente quando a ocultação física do produto direto da infração penal antecedente é praticada com a finalidade de reciclagem, para futura colocação daquele no sistema econômico, é que estaremos diante da possibilidade

Em segundo lugar, para compreender a relação que ocorre entre o verbo e o objeto, é essencial compreender a natureza desse último. As características elencadas no rol disposto no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 são classificadas como elementos normativos do tipo, ou seja, aqueles que somente podem ser concebidos sob o pressuposto lógico de uma norma²⁰. Logo, para compreender o sentido dessas características no tipo penal, é preciso compreender as normas que forneceriam esses pressupostos lógicos.

Uma vez que essas características são úteis nas mais diversas relações jurídicas de nosso ordenamento, em distintas situações, uma interpretação individual sobre cada uma perpassa necessariamente sobre a compreensão do ramo do direito em que ela está sendo empregada. Por exemplo, a noção e os requisitos da *propriedade* variam se o objeto de análise é um imóvel, um veículo ou um valor financeiro. Contudo, em razão dessa pluralidade de relações jurídicas possíveis para cada uma das características, a interpretação da norma continua demasiadamente aberta, sendo esse critério insuficiente para a compreensão precisa da conduta proibida em abstrato.

No art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 essas características são elencadas lado a lado, em um único rol, sob a ação dos mesmos verbos. Essa redação indica que existe um sentido em comum entre elas que, conseqüentemente, emana dos pressupostos lógicos de uma mesma norma. Temos como hipótese que a norma que forneceria esse elemento seria essencialmente a própria Lei n.º 9.613/1998, no ponto em que deu origem a um novo sistema regulatório, orientado exclusivamente à inibição e ao combate à lavagem de dinheiro por meio de inteligência financeira, e que opera essencialmente sob uma teia de informações sobre o fluxo de capitais²¹.

de caracterizar, propriamente, o *crime de lavagem*. Entretanto, para que esse crime seja punível na sua forma consumada, é preciso que se consubstancie alguma das práticas de dissimulação descritas, como veremos mais adiante”. (**Tratado de direito penal econômico, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 460)

²⁰ Conforme o entendimento de Engisch, adotado por Claus Roxin em: ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 307.

²¹ Essa questão é bem elucidada pelo artigo 7 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil no Decreto-Lei n.º 5.015 de 2004: Artigo 7 - Medidas para combater a lavagem de dinheiro - 1.

Assim, temos como segunda hipótese que: as características elencadas no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 existem no sistema anti-lavagem como critérios para a alimentação da teia de informação que monitora, ou viabiliza o monitoramento, do fluxo econômico lícito em nosso ordenamento, nos termos dos artigos 9º, 10º e 11º do mesmo diploma. São essas características que são levadas em consideração tanto para impor a determinadas pessoas (jurídicas e naturais) os deveres de controle, bem como são elas inseridas nos registros e comunicadas à Unidade de Inteligência Financeira. Exemplificando: determinadas pessoas são sujeitas aos mecanismos de controle em razão da *natureza* do valor econômico que elas operam; são os dados da *origem* e da *movimentação* que constam nos registros das transações.

Essa teia de informação é alimentada com os atos de disposição sobre os proveitos econômicos, especificamente com o cumprimento

Cada Estado Parte: a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis. 3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro. 4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

das obrigações acessórias dos respectivos atos. Assim, em terceiro lugar, fechando o raciocínio: a ocultação/dissimulação dessas características ocorreria quando, nos atos de disposição sobre o proveito econômico do crime, ou na simulação dessas práticas, *as obrigações acessórias* (cível, administrativa, tributária etc.) que regulamentam essa conduta são descumpridas de modo a não alimentar a teia de informação do sistema *antilavagem* com informações verdadeiras (as informações são *ocultadas*) ou alimentá-la com informações inverídicas (as informações são *dissimuladas*).²² Noutra giro, atos de disposição que são indiferentes para o sistema *antilavagem* (não são sujeitos a obrigações, ou não deixam registros), ou que deixam os rastros que levam à constatação pela ocorrência do delito antecedente, são atípicos.

Nesse cenário, o *que* e o *de quem* se oculta/dissimula estarão objetivamente determinados. O que se oculta são os atributos do proveito econômico ilícito indicados no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998, no sentido de que esses constituem *dados e informações* inerentes à utilização regular do mercado lícito. E eles são ocultados do *sistema antilavagem*

²² É importante destacar a abordagem próxima à nossa, porém de efeito mais restritivo, que Andrei Zenkner Schimdt faz do 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998 em: **O (ainda necessário) debate acerca do conceito material de lavagem de dinheiro**. In. LOBATO, José Danilo Tavares; NARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.) *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 675 e 684-685. Para o autor “o alcance dos tipos de ilícito descritos no art. 1º da Lei n.º 9.613/98 deve estar direcionado para aqueles casos em que, como ponto de partida da imputação objetiva, o agente infrinja algum dever de *compliance* que, numa etapa posterior, ajuste-se materialmente aos limites do tipo legal. Não se trata, a rigor, de erigirem-se, os crimes definidos no art. 1º da Lei n.º 9.613/98, à condição de normas penais em branco, mais sim reconhecer-se que, a partir da noção integral de ilícito antes descrita, o tipo de ilícito somente terá incidência material naqueles casos em que a conduta selecionada pelo tipo legal seja perfectibilizada no alcance da teia normativa que regulamenta a transparência de determinados fluxos financeiros”. Contudo, deferentemente de nós, referido autor desenvolve seu raciocínio a partir da premissa de que o delito em estudo tutela a ordem econômica. Em seus dizeres, “a opção pela releitura do delito de lavagem de dinheiro com foco na tutela da ordem econômica *stricto sensu*, no segmento da transparência dos fluxos econômicos concretizada pelos deveres de *compliance*, tem a vantagem de delimitar aprioristicamente o ponto de partida do tipo legal somente para os casos em que os referidos deveres forem violados, propiciando um maior controle legal da atuação judicial. E, uma vez compreendido que o alcance do tipo legal estará contingenciado pelas exigências materiais do tipo de ilícito, então teremos um modelo de delito que proporcione compatibilizar a proteção sobre novos perigos em atenção à subsidiariedade exigida pelo direito penal.”

(i. e. das pessoas que têm a obrigação legal de identificar, registrar, comunicar operações e informações que possam representar indícios de crimes de lavagem), que é um mecanismo de monitoramento objetivo, institucional, previsto em lei.

4. Consequências práticas desse conceito de ocultação

Caso essa hipótese esteja correta, estaremos diante um sistema *antilavagem* fechado, em que o tipo penal dialoga com as estruturas institucionais e normas administrativas, atuando ambos em uma relação simbiótica. Sob esse critério, conforme Ana Carolina Carlos de Oliveira, “as normas administrativas não complementam o conteúdo do tipo (como seria o caso em uma lei penal em branco ou de eficácia contida), mas orientam a interpretação da conduta punível, pois definem as fronteiras do risco permitido, da atuação imprudente e do grau de perigo tolerado para o bem jurídico”²³. A norma penal, cumprindo o seu papel de última *ratio*, serviria para proteger e garantir a efetividade desse sistema, operando nos casos em que ele fosse insuficiente.

Sob essa lógica, a definição do conteúdo proibido já no âmbito da tipicidade objetiva traria vantagens práticas e dogmáticas ao tratamento penal da lavagem de dinheiro: a compreensão do conceito seria útil para conter abusos decorrentes da má interpretação da norma. Por exemplo, ficaria mais difícil nos depararmos com a comum prática policial na qual, ante a suspeita da ocorrência de um delito antecedente que tenha gerado proveito econômico, automaticamente se suspeita da ocorrência da lavagem. O núcleo de análise do crime de lavagem focaria mais no meio empregado para a ocultação, do que no proveito criminoso que não veio a ser descoberto ou encontrado.

O conceito forneceria elementos para a solução de questões dogmáticas não pacificadas. Como exposto acima, um argumento para o caráter permanente do delito (a analogia com o tipo do art. 180 do CP) não poderia mais ser sustentado. Outra utilidade é que teríamos como aferir o grau da idoneidade da conduta, na linha do que o art. 17 do CPB exigem, bem assim no sentido de se interpretar se ela foi

²³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 32. Essa posição da autora é exposta no contexto do estudo das condutas omissivas das pessoas obrigadas à prestar informação, nos termos do art. 9º da Lei n.º 9.613/1998. Aqui, entendemos a pertinência dessa fala para toda e qualquer conduta proibida pelo tipo penal.

apta ou não a gerar uma ocultação relevante para a funcionalidade do o sistema de lavagem.

Além disso, seria possível fornecer melhores respostas a questões já respondidas por outros argumentos, ou respondidas intuitivamente. Por exemplo, a ocultação ou dissimulação de bens de posse ilícita, como drogas ou armas que venham a ser produtos de uma infração, ao invés de não constituírem lavagem sob o argumento de que já são puníveis como crimes autônomos²⁴, não seriam lavagem por não circularem em um mercado monitorado pelo sistema *antilavagem*. Assim, a questão não necessita ser resolvida pelo concurso aparente de normas.

Outra vantagem prática é a possibilidade de delimitar com precisão o momento de consumação do delito, como pode ser visto nos casos hipotéticos de transporte de valores via voo internacional. Sob o conceito mencionado é de se concluir que o crime se consumou no momento em que era devido e o autor deixou de prestar a informação da movimentação financeira à autoridade competente. Sem o referido conceito restam dúvidas se o crime se consumou quando o agente guardou o dinheiro no fundo falso, converteu os ativos ilícitos em um relógio valioso, embarcou no avião, ou pousou em solo estrangeiro.

5. Conclusão

Conforme já salientado, a nossa pesquisa ainda está em andamento, de modo que as hipóteses podem não se confirmarem ao final, permanecendo a dificuldade de se interpretar o termo *ocultar*. Contudo, o conceito que vislumbramos como possível da norma posta e os seus resultados benéficos inerentes podem ser consolidados de *lege ferenda*.

Ainda que não se concorde com *o que se oculta* e *o de quem se oculta* que interpretamos da norma, a inserção de elementos no tipo penal que forneçam essa informação é essencial para uma devida delimitação do conteúdo proibido da norma penal.

Acreditamos que a alteração nesse sentido seria adequada para “salvar” a nossa norma atual, sem que sejam geradas grandes rupturas no nosso ordenamento jurídico. Medidas mais contundentes, como a supressão do termo *ocultar*, podem gerar resistência de setores da so-

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

cidade que atuarão para obstar a reforma da lei, ou implicar no não cumprimento das obrigações de criminalização de condutas assumidas perante a comunidade internacional²⁵, com a, conseqüentemente, alteração do status de adequabilidade que a nossa lei tem perante os parâmetros internacionais²⁶.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. – 10. ed. rev., atual. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com as leis 13.254/2016 ('Repatriação de Ativos') e 13.260/2016 ('Antiterrorismo'). Curitiba: Juruá, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

²⁵ Aqui é feita referência à: Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas ratificada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organização Transnacional, ratificada pelo decreto 5.015, de 12 de março de 2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

²⁶ Sobre a adequação da legislação brasileira aos parâmetros internacionais, especificamente sobre a avaliação do GAFI: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Dos crimes: aspectos objetivos*. In. DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. – 2. ed. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações.** 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

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

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro.** 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SCHIMDT, Andrei Zenkner. O (ainda necessário) debate acerca do conceito material de lavagem de dinheiro. In. LOBATO, José Danilo Tavares; NARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.) **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 675 e 684-685.

PARTE 2

DIREITO PROCESSUAL PENAL

LAVAGEM DE DINHEIRO E INFRAÇÃO ANTECEDENTE: CONEXÃO E SEUS EFEITOS

MONEY LAUNDERING AND THE PREVIOUS CRIME: JOINDER OF ACTIONS AND ITS EFFECTS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p173-208

Victor Waquil Nasralla

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas; Especialista em Derecho Penal Econômico y de la Empresa pela Universidad Complutense de Madrid; Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Universidade de Coimbra/IDPEE em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Advogado.

Data de recebimento: 11/09/2020

Data de aceite: 30/11/2020

Última versão do autor em: 02/12/2020

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

O artigo tem por objeto analisar a aplicação das regras que tratam da conexão no processo penal, especificamente no que concerne aos crimes de lavagem de dinheiro e seus delitos antecedentes. Para tanto, analisar-se-á a legislação ordinária específica sobre o processamento dos crimes de branqueamento e os delitos antecedentes, bem como as regras gerais do Código de Processo Penal sobre o tema, além de normas infralegais prorrogadoras de competência (criação de varas especializadas), tendo sempre como premissa o conteúdo e os limites dentro dos quais se assegura a garantia constitucional do juiz natural. A partir de então, analisar-se-á a definição da competência nos casos de conexão entre crime antecedente de competência da Justiça Eleitoral e o crime de lavagem de dinheiro, bem como delito antecedente cometido por agente com foro por prerrogativa de função e o crime de branqueamento de capitais cometido por particular sem a mencionada prerrogativa, ou vice-versa, e nas hipóteses de ambos acusados terem foro por prerrogativa de função, mas que a CF atribui a tribunais diversos.

Palavras-chave:

Conexão; Lavagem de Dinheiro; Crime Antecedente; Juiz Natural; Competência.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the application of the rules that deal with connection between cases (joinder of actions) in criminal proceedings, specifically regarding money laundering crimes and their previous crimes. For this purpose, specific ordinary legislation on the processing of money laundering crimes and their previous crimes will be analyzed, as well as the general rules of the Brazilian Code of Criminal Procedure on the subject, in addition to secondary laws regarding extending jurisdiction (creation of specialized courts), always having as premise the content and the limits which ensures the constitutional guarantee of a natural judge. Thereafter, the delimitation of jurisdiction will be analyzed in cases of connection between a previous crime within the jurisdiction of the Electoral Court and the crime of money laundering, as well as a previous offense committed by one with exclusive jurisdiction and the crime of money laundering committed by a private individual without the privilege of venue, or vice versa, and in the event that both defendants have jurisdiction due to the prerogative of function, but which the Constitution assigns to different courts.

Keywords:

Joinder of actions; Money Laundering; Previous Crimes; Natural Judge; Jurisdiction.

Sumário: 1. Introdução; 2. A garantia do Juiz Natural; 3. Da competência para processamento e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro; 3.1 Das Varas Especializadas no combate à lavagem de dinheiro; 4. Conexão e o crime de lavagem de dinheiro; 4.1 Prorrogação de competência: noções de competência absoluta e relativa e as varas especializadas; 4.2 Separação dos processos (art. 80, CPP) e o princípio do juiz natural; 4.3 Conexão do crime de lavagem de dinheiro com crime eleitoral antecedente; 4.4 Lavagem de dinheiro, conexão e o foro por prerrogativa de função; 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema da modificação ou prorrogação da competência pela conexão no processo penal tem sido objeto de avultosa discussão dou-

trinária e jurisprudencial nos últimos anos, debate esse trazido pelo exponencial crescimento de persecuções penais aos denominados crimes econômicos, principalmente após o advento da “Operação Lava-Jato”, na qual se teve a notória “supercompetência” da 13ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba.

Os delitos “do colarinho-branco” trazem à tona o tema da conexão por uma série de fatores, iniciando-se pela complexidade e multiplicidade de crimes normalmente cometidos em cadeia e em conjunto, passando pela criação de varas especializadas para seus julgamentos e, finalmente, pela relação de acessoriedade entre o crime de lavagem de dinheiro e a – imprescindível para sua tipicidade – infração antecedente.

Ao presente trabalho importa a análise da conexão entre a lavagem de dinheiro e o crime antecedente e seus efeitos processuais. Para tanto, de início, tratando-se de regra de competência, ter-se-á como premissa a garantia constitucional do juiz natural, para então analisar a definição de competência para julgamento dos crimes de branqueamento de capitais sob a égide da Lei 9.613/1998 com as alterações promovidas pela Lei 12.694/2012 e da Constituição da República. Não se deixará de mencionar a criação das varas especializadas em lavagem de dinheiro, as quais são indispensáveis na discussão sobre competência de processamento e julgamento dos crimes de lavagem de capitais.

A partir de então, serão analisados os problemas decorrentes da conexão do crime de lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente, analisando-se as regras gerais da causa de modificação de competência previstas no Código de Processo Penal, bem como previsões específicas sobre o tema contidas na Lei 9.613/1998. Retornará ao foco o tema das especializações das varas, com enfoque nas suas implicações à conexão, mormente no que concerne à discussão sobre competências absolutas e relativas.

Ao final, será tratada a questão da separação facultativa dos processos em casos de conexão, prevista no art. 80, CPP, sob a perspectiva do princípio do juiz natural. Por fim, abordar-se-á a questão relativa à conexão da lavagem de dinheiro com crimes eleitorais antecedentes, bem como se discutirá a situação em que um dos acusados – ou pelo crime de lavagem, ou pela infração antecedente – goze de foro por prerrogativa de função, ao passo que outro réu não seja abarcado por tal prerrogativa, além de se verificar a hipótese de ambos gozarem da prerrogativa, mas em tribunais diversos.

2. A garantia do Juiz Natural

Discussões acerca de qualquer regra que afete o tema da competência deve, necessariamente, passar por análise de compatibilidade com a garantia do juiz natural, prevista constitucionalmente¹.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em dois dispositivos, a garantia do juiz natural. Prevê a *Carta Magna* no art. 5º, XXXVII, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e, ademais, no inciso LIII, estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

De fato, o Princípio do Juiz Natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito². Consiste, o Juiz natural, naquele órgão “cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais e abstratas”³, ou seja, é aquele juízo que, de acordo com todos os critérios de concretização de competência – fixados constitucionalmente, por lei federal ou de organização judiciária – seja territorial, objetiva e funcionalmente competente para o julgamento do processo, sendo inconcebível qualquer critério discricionário para sua definição. Ressalta-se a importância do aspecto temporal da garantia do juiz natural, apesar de não visto expressamente no art. 5º, LIII da Lei Maior. Isso porque, o princípio do juiz natural deve ser compreendido em sua concepção original e histórica, entendendo-se como juiz natural não somente aquele determinado legalmente, mas aquele previamente definido por lei, “de sorte a excluírem-se os órgãos jurisdicionais *ad hoc* ou *post facto*”⁴.

A isso se soma a previsão expressa trazida no Pacto de São José da Costa Rica, que rege em seu art. 8º, 1 que: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial,

¹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo. **A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 122, set./out. 2016, p. 171.

² MARCON, Adelino. **O princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba. Juruá, 2004, p. 47

³ TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 35. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

estabelecido anteriormente por lei (...)”, que em conjunto ao inciso XXXVII do art. 5º da CF, veda os Tribunais de Exceção (*post factum*), sendo cediço que ao tempo do cometimento da infração penal a ser julgada tenha-se a definição do órgão ou juiz competente, para que não se possa “manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa”⁵.

Outro aspecto integrante da garantia do juiz natural – o da determinação da competência – deve ser positivado, imprescindivelmente, de modo que para cada fato criminoso *in concreto* se tenha previamente definido um único tribunal ou juiz competente⁶, para que não haja dubiedade e a fim de que seja efetivamente possível, conforme leciona Binder, “evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial”⁷.

A evitação de qualquer discricionariedade por quem quer que seja nos critérios de modificação ou definição de competência deve ser respeitada no ordenamento jurídico “de modo a impedir a interferência autoritária externa”⁸, uma vez que com isso “se objetiva criar condições para um julgamento independente e imparcial”⁹.

Em suma, conforme conclui Badaró, com a garantia do juiz natural “estará se assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, haverá certeza de que não se tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial.”¹⁰

Sobreleva-se, por fim, a relevância de se compreender o direito fundamental ao juiz natural como garantia ao órgão, juízo ou autoridade judiciária naturais. Há, inclusive, defensores da expressão “juízo natural”, pois, conforme Rosemiro Leal, “o provimento (sentença) já não é mais ato solitário do juiz, mas da jurisdição que se organiza pelo

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. [Edição do Kindle] – 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. l. 5993.

⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, vol. I, p. 329.

⁷ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 141.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 109.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 38.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Poder Judiciário em grau de definitividade decisória, na órbita de toda a jurisdicionalidade estatal.”¹¹

Portanto, além da predeterminação legal da competência, a definição do juiz natural nunca pode ser dúbia e/ou estar sujeita a escolhas arbitrárias. Sob essas premissas é que se passará a examinar a regra de modificação de competência que trata a conexão, mormente nos casos de lavagem de dinheiro e suas infrações antecedentes.

3. Da competência para processamento e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro.

Importante se iniciar o tema da competência do crime de branqueamento de capitais pela diferenciação das hipóteses de competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal para seu processamento e julgamento. A Lei 9.613/1998, em seu artigo 2º, inciso III, alíneas *a* e *b*, prevê os casos em que a lavagem de dinheiro será de competência da Justiça Federal, *in verbis*:

Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

(...)

III – são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal; (...)

Pois bem. Conforme é cediço, a competência da Justiça Estadual é residual, ao passo que a competência da Justiça Federal tem previsão expressa constitucional, no art. 109, *caput*, III a X. Não obstante a positivação existente na *Carta Magna*, a Lei de Lavagem de Dinheiro expressamente delimitou os casos em que a Justiça Federal será o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos crimes previstos na lei.

A alínea *a* do inciso III do art. 2º da Lei 9613/98 prevê a competência da Justiça Federal “quando praticados contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens,

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. – 14. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 179.

serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”. Parece-nos que a segunda parte do mencionado dispositivo – após a primeira conjunção “ou” – é absolutamente desnecessária, uma vez que se limita a repetir o texto do inciso I do art. 109 da Lei Maior.

Contudo, a primeira parte – apesar de necessária – não goza da devida clareza, não restando evidente se a competência da Justiça Federal se dará quando a infração antecedente for cometida nos termos expostos no dispositivo, ou se quando o próprio crime de lavagem for praticado em tais circunstâncias. A falha na redação legislativa traz problemas práticos, além de posições doutrinárias que discordamos, as quais pregam que o crime de lavagem de dinheiro sempre será de competência da Justiça Federal¹² ou que o único fator definidor da competência do delito de branqueamento será a competência para julgamento da infração antecedente¹³.

Para melhor compreensão, conforme exemplifica Badaró, é possível que se tenha um crime antecedente praticado em detrimento do sistema financeiro (negociar títulos ou valores mobiliários falsos – art. 7.º, I, da Lei 7.492/1986), mas os valores oriundos de tais alienações tenham sido branqueados fora do sistema financeiro (através da compra e venda de imóveis ou obras de arte). Também pode acontecer o inverso, no caso em que o delito antecedente não envolva o sistema financeiro (roubo de residências), mas o proveito do crime seja reciclado em operação que envolva o mercado financeiro (circulação do dinheiro por várias contas bancárias ou fundos de investimentos).¹⁴

À melhor interpretação da alínea *a* do inciso III, é necessária uma leitura conjunta com o inciso VI do artigo 109 da CF, o qual dispõe que “Aos juízes federais compete processar e julgar (...) os crimes contra a organização do trabalho e, *nos casos determinados por lei*, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”. Conforme se verifica pela simples leitura do excerto constitucional colacionado, os crimes contra

¹² Nesse sentido: GOMES, Luiz Flavio. **Leis de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 65, p. 10-11, abr. 1998A.

¹³ Nesse sentido: MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura**. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 256.

o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira somente terão sua competência atribuída à Justiça Federal quando a legislação expressamente assim definir. O fato de o crime ser cometido em detrimento destes, não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal.

É o que acontece, por exemplo, com os crimes contra a ordem econômica (art. 4º, I e II, Lei 8.137/90 e art. 1º, Lei 8.176/91) os quais, por não haver previsão expressa em lei que atribua competência à Justiça Federal, o entendimento majoritário tem sido no sentido de atribuir competência à Justiça Estadual¹⁵, conforme leciona Ansanelli Júnior: “nem todos os crimes que afetarem a ordem sócio-econômica serão de competência da Justiça Federal, vez que, somente quando a própria lei fizer tal previsão é que tal ocorrerá”¹⁶. De outra sorte, a Lei. 7.492/86 prevê em seu artigo 26 que “A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal”, o que traz à competência dos juízes federais o processamento e julgamento de tais crimes.

Assim, ressalta-se que exatamente por existirem ocasiões em que o crime de lavagem é “praticado contra’ o sistema financeiro nacional ou a ordem econômico-financeira (fazer o dinheiro circular por dezenas de contas-correntes, nacionais e estrangeiras) e outras em que os mesmos não são lesados (compra e venda de obras de arte), é que a alínea em comento se faz necessária.”¹⁷. No primeiro caso, quando o branqueamento de capitais se dá através de atos que lesem o sistema financeiro ou a ordem econômico-financeira, mesmo que o crime antecedente

¹⁵ Nesse sentido é a posição uníssona do Superior Tribunal de Justiça: CC 148.159/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no CC 160.281/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 152.511/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 26/06/2017; AgRg no HC 269.029/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013.

¹⁶ ANSANELLI JUNIOR, Angelo. **Aspectos processuais dos crimes de lavagem de dinheiro**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 13, 2009, p. 65.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-258.

não seja delito que atinja os mencionados bens jurídicos, a competência será da Justiça Federal.

Em resumo, ao editar a primeira parte da alínea *a* do inciso II do mencionado dispositivo da Lei de Lavagem, o legislador teve por objetivo estabelecer competência da Justiça Federal quando o crime de lavagem de dinheiro, em suas variadas formas típicas, for praticado contra o sistema financeiro e a ordem econômica, independentemente da natureza da infração antecedente.

A alínea *b* do mencionado dispositivo legal, por sua vez, é, deveras, de compreensão mais simples. Sempre que o crime antecedente for de competência da Justiça Federal, o delito de lavagem dos bens provenientes da mencionada infração penal será também de competência dos juízes federais.

Em resumo, a competência será da Justiça Federal quando: *i*) a infração antecedente do crime de lavagem for de competência dos juízes federais; e/ou *ii*) o próprio crime de branqueamento de capitais for cometido contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, independentemente da competência para julgamento do crime antecedente.

A Justiça Estadual será competente na hipótese em que o delito antecedente for de competência dos juízes estaduais e, cumulativamente, quando o próprio crime de lavagem de dinheiro não for cometido em detrimento do sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou contra bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

3.1. Das Varas Especializadas no combate à lavagem de dinheiro

Como é notório, com o crescimento das *persecutio criminis* em face dos denominados crimes econômicos, o Poder Judiciário brasileiro enxergou a necessidade da especialização dos órgãos para julgamento dos “crimes do colarinho branco”. Nessa toada, desde o início deste século os tribunais pátrios têm efetivado a criação das varas especializadas, normalmente situadas na capital dos estados, com designação específica para julgar os crimes econômicos, principalmente os de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, é relevante observar a guinada à especialização das varas ocorrida na última década, oriunda das necessidades da denominada *criminalidade complexa*. “Exemplos disso são os crimes de lavagem de dinheiro

e contra o sistema financeiro, para os quais houve recomendação do CJF para especialização das varas, o que ocorreu principalmente nas capitais.”¹⁸. Convém ressaltar, ainda, que apesar do pioneirismo e protagonismo da Justiça Federal nas especializações, a Justiça Estadual parece seguir o mesmo trilhão na criação de varas especializadas no assunto aqui tratado¹⁹.

Contudo, há de se destacar grandes problemáticas das referidas especializações das varas, salientando os fatos de: *i*) as varas especializadas serem comumente situadas na capital, abrangendo uma competência territorial indevida e não abarcada por lei; e *ii*) haver mudança imediata de competência em razão da especialização das varas de lavagem de dinheiro, contrariando o princípio do juiz natural.

Não se desconhece a polêmica envolvendo a questão de se as varas especializadas podem ou não serem criadas mediante atos normativos interno dos tribunais. Contudo, enquanto tema jurisprudencialmente consolidado no sentido de ser constitucional a mencionada criação²⁰ e sendo o presente trabalho adstrito ao tema da modificação da competência pela conexão, cumpre apenas nos afiliarmos a Badaró no sentido de, mesmo que se reconheça a legitimidade dos Tribunais para a criação de órgãos especializados, “tais atos normativos internos não podem descumprir ou violar as regras do Código de Processo Penal ou de qualquer outra lei”²¹, sendo absolutamente ilegal, por exemplo, que as sobreditas normas internas desprezem a competência territorial vista pelo CPP, conforme se verá mais detalhadamente adiante.

¹⁸ JAKOB, André Codo; MACHADO, Bruno Amaral; CORDEIRO, Carolina Souza. **A persecução penal da corrupção e dos delitos econômico nos discursos dos magistrados**: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 142, abr. 2018, p. 81-110.

¹⁹ Nesse sentido: A Resolução 811/2019 do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de seu Órgão Especial, determinou a criação das 1ª e 2ª Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital do Estado.

²⁰ STF, HC 85.060/PR, 1.ª T., j. 23.09.2008, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJ 12.02.2009; STF, HC 85.060/PR, 1.ª T., j. 23.09.2008, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJ 13.02.2009; STF, HC 94.146/MS, 2.ª T., j. 21.10.2008, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJe 07.11.2009; STF, HC 91.253/MS, 1.ª T., j. 16.10.2007, m.v., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.11.2007;

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 270.

A especialização das varas, sobretudo federais, deu à luz ao problema da mitigação da competência territorial em prol das varas especializadas centralizadas nas capitais dos estados. De fato, os Tribunais Regionais Federais, ao editarem as resoluções criando os mencionados órgãos jurisdicionais especializados nas cidades sedes dos estados, de forma quase unânime determinaram que a competência de tais varas abranjeria também as demais subseções judiciárias daquele ente da Federação²².

Como se sabe, cada estado da Federação abriga uma Seção Judiciária da Justiça Federal, a qual é situada na capital deste ente, sendo a Seção dividida territorialmente em Subseções Judiciárias. Assim sendo, de acordo com a regra do art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, de que se definirá a competência pelo lugar em que se consumar a infração, o órgão jurisdicional competente será a Subseção Judiciária correspondente à área de consumação do delito.

O que ocorre com a especialização das varas é que “alguns Provisamentos ou Resoluções têm dado a algumas varas competência territorial mais ampla do que a da Subseção à qual elas pertencem, a pretexto de especializar sua competência.”²³, inclusive em vilipêndio, analogicamente, à Súmula 206 do Superior Tribunal de Justiça, a qual assevera que “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo”.

Entendemos não ser viável a extrapolação de competência territorial de determinada subseção ao escudo de frágil normativa interna dos Tribunais Regionais Federais, uma vez que vilipêndia as regras de competência penal constantes na legislação federal. Conforme leciona Aury Lopes Jr., “deve-se dar um basta às verdadeiras manipulações feitas nos critérios de competência (...), permitindo que se desloquem processos da cidade onde ocorreu o crime para outras, atendendo a duvidosos e censuráveis critérios de maior eficiência no ‘combate ao crime’”²⁴. Ainda, de acordo com Wunderlich, para lidar com essa forma

²² TRF-4: Res. 20/2003; Res. 42/2006; Res. 99/2013 - TRF-2: Res. Conj. 1/2003; Res. Conj. 1/2005; Res. Conj. 22/2010; Res. 22/2010; Res. 42/2011 - TRF-3: Prov. 238/2004; Prov. 275/2005 - TRF-5: Res. 10-A/2003.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura.** - 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** [Edição do Kindle] - 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, l. 5994.

de criminalidade, os juízos foram especializados, desejando, “exime de dúvidas, um utilitarismo penal contra o ‘crime de colarinho branco’. Em busca desta eficácia, os tribunais, com apoio do CJF, criaram competência territorial única para todo um Estado, legislando em matéria penal, o que, a meu ver, viola o princípio do juiz natural.”²⁵

Deve-se insistir que a especialização das varas ou criação de varas privativas por normas de organização judiciária só prevalece dentro da circunscrição judiciária definidora da competência territorial da vara. Assim, não é legítima a redistribuição de feitos entre as circunscrições da seção judiciária. É dizer, as regras de competência de juízo não podem derogar as regras de competência territorial²⁶.

Isso porque, o art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal define que “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.” Assim, entendemos não ser possível, por desrespeito à reserva de lei relativa (art. 110, *caput*, CF/88), sobrelevar provimentos ou resoluções internas de tribunais em desrespeito ao disposto art. 70 do CPP, que tem força de lei ordinária.

Quanto à modificação imediata do juiz competente para julgamento da lavagem de dinheiro, por força de ato normativo interno, após a perpetração da conduta tida como criminosa, forçoso reconhecer sua absoluta incompatibilidade com o princípio constitucional do juiz natural.

Conforme já demonstrado anteriormente neste trabalho, é cediço que a garantia do juiz natural contém “a exigência da regra de competência previamente estabelecida ao fato”²⁷, ou seja, garante que “ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato”²⁸.

²⁵ WUNDERLICH, Alexandre. **A eficácia das varas especializadas** – competência exclusiva e ausência de transcrição de depoimentos: novos bens jurídicos, velhas violações? São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 166, p. 16-17, set. 2006.

²⁶ DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência de juízo: crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro: as varas especializadas e a resolução 20/03 do Tribunal Regional Federal da 4ª região: inconstitucionalidades.** Revista Jurídica, n. 320, p. 102-107, jun. 2004.

²⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** [livro eletrônico]. – 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** – 31. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

Por isso, tem-se como grave vilipêndio ao princípio do juiz natural os atos normativos internos editados pela grande maioria dos Tribunais Regionais Federais, os quais determinavam a redistribuição às varas especializadas em lavagem de dinheiro de *todos os feitos em andamento* que versassem sobre o aludido delito.

Pende salientar, ainda, que pouco (ou nada) relevante é o fato de algumas redistribuições dos procedimentos penais terem sido permitidas somente quando se tratar de inquérito policial²⁹, ao passo que outras englobavam todos os casos. Isso porque, apesar da preocupação com a questão intertemporal, o termo *a quo* para definição prévia do juiz competente é o momento da prática do ato, em tese, criminoso. Dessa forma sintetiza Badaró que o termo *a quo* deve ser o momento do fato, isto é, do suposto crime, pois “para proteger a garantia contra ingerências dos outros poderes e mesmo dos órgãos internos do Poder Judiciário, não seria suficiente estabelecer como momento inicial da predeterminação do juiz competente o da *notitia criminis* ou de instauração da investigação criminal.”³⁰

Sendo assim, resta elucidado que a modificação imediata de competência após a ocorrência da conduta criminosa – por força de normativa interna dos tribunais – seja durante a investigação criminal, seja durante ação penal, menoscaba a garantia do juiz natural, sendo, portanto, inconstitucional.

Por todos os motivos acima expostos, a especialização das varas em lavagem de dinheiro por atos normativos internos dos tribunais contém importantes problemas processuais no tocante à competência, *i*) por extrapolar, muitas vezes, os critérios definidores de competência territorial previstos pelo Código de Processo Penal; e *ii*) por ferir de morte o aspecto temporal do princípio do juiz natural, ao modificar *post factum* a competência para julgamento do crime de branqueamento de capitais.

4. Conexão e o crime de lavagem de dinheiro

A conexão conforme entendemos, assim como a continência, é fator de modificação ou prorrogação de competência³¹, apesar de corrente diversa que

²⁹ TRF-4: Res. 20/2003; 42/2006; TRF-2: Res. Conj. 1/2003; Res. Conj. 1/2005; Res. Conj. 22/2010; Res. 22/2010; Res. 42/201; TRF-5: Res. 10-A/2003

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. RT, 2014.

³¹ Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, volumes I, II, III e IV. Campinas: Millennium, 2009.p. 238; DEZEM, Gui-

a enxerga como critério de determinação ou fixação da competência³². Assim sendo, na mencionada prorrogação operada por força da conexão, ocorre a ampliação da esfera de competência de um órgão jurisdicional, atraindo para ele competência para o qual não seria normalmente competente, ao passo que outro órgão, que abstratamente seria o competente, o deixará de ser.

O Código de Processo Penal prevê as hipóteses em que a competência será determinada pela conexão em seu artigo 76, *in verbis*:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

O intuito da conexão, indubitavelmente, é a formação do *simultaneus processus* para atribuir celeridade e economia processual permitindo que o órgão jurisdicional tenha uma perfeita visão do quadro probatório, evitando-se, além disso, a existência de decisões contraditórias³³.

A conexão da lavagem de dinheiro com o crime antecedente nos parece ser prevista legalmente pela hipótese do inciso II do art. 76 do CPP, que claramente dispõe sobre a forma de conexão *objetiva* ou *teleológica* entre os mencionados delitos, uma vez que o branqueamento de capitais comumente é cometido “*para, isto é, com a intenção de facilitar ou ocultar as outras, ou de conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas*”³⁴.

Iherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³² Nesse sentido: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Capítulo V – Da competência por conexão ou continência. *in* GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique [coords.]. **Código de Processo Penal** [livro eletrônico] – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018; e KARAN, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 85-86.

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 562-563.

³⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I. p. 375.

Ressalta-se que a incidência da conexão nos crimes de lavagem de dinheiro com as infrações antecedentes também pode se dar pela circunstância do inciso III do art. 76 do *Codex* Processual Penal, que prevê a conexão *instrumental* ou *probatória*. Isso porque dada a relação de acessoriedade entre as infrações, “a prova de uma delas influencia na da outra, mesmo que se adote a interpretação mais restrita sobre tal dispositivo, considerando não bastar qualquer influência, sendo necessário que haja uma relação de prejudicialidade entre os delitos.”³⁵, o que, por óbvio, há na relação entre o branqueamento de valores e o crime antecedente.

Em regra, “os processos relativos ao crime anterior e o de lavagem de capitais, a competência se firma pela conexão, com a conseqüente reunião dos feitos”³⁶, conforme o *caput* do art. 79, CPP. Contudo, os incisos I e II do referido dispositivo legal elencam as exceções à regra e autorizam, nas hipóteses dispostas, o processamento em separado dos feitos.

Assim, a título exemplificativo, de acordo com o inciso I, sendo o crime antecedente de competência da Justiça Militar e houver branqueamento de bens provenientes da infração, caberá à Justiça Castrense o julgamento do delito antecedente e à Justiça Comum (estadual ou federal) o processamento e julgamento da lavagem. Com relação ao inciso II, far-se-á o mesmo raciocínio anterior. Sendo o delito antecedente de competência das Varas de Infância e Juventude, caberá a esta o julgamento da infração antecedente e à justiça comum, processar e julgar o branqueamento.

Nesta toada, exposta a disciplina dada pelo Código de Processo Penal, insta ressaltar o quanto disposto na parte final do inciso II do *caput* do art. 2º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, com redação dada pela Lei 12.683/2012, o qual versa que: “independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 291.

³⁶ VILARDI, Celso Sanchez. A prejudicialidade no processo penal relativo ao crime de lavagem de dinheiro. in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO; Theodomiro [cords.]. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46

A interpretação dada à parte final do inciso sobredito, no sentido de que a unidade ou não dos processos conexos “depende de decisão discricionária do juiz competente para o crime de lavagem”³⁷, foi aparentemente aceita pela corrente jurisprudencial majoritária³⁸, a qual compreendeu que o artigo 80 do Estatuto Processual Penal aquiesce a separação ou união dos procedimentos a critério discricionário do julgador competente pela lavagem de dinheiro.

Entretanto, deve-se voltar novamente ao princípio do juiz natural para facilmente compreender a inconstitucionalidade do posicionamento exposto alhures. De forma abundante, já se explanou no presente trabalho a necessidade, segundo a garantia do juiz constitucional, de que as regras de competência – incluída suas hipóteses de modificação ou prorrogação – sejam previstas por lei, segundo critérios abstrata, geral e impessoalmente definidos, com cristalina clareza que definam o juízo competente. Soma-se a isso, novamente, a imprescindibilidade de a definição legal de competência ser instituída em momento anterior ao fato tido como criminoso, de forma sólida e indubitável: “A hipótese normativa deve fixar parâmetros objetivos que façam com que a determinação do juiz competente dependa, efetivamente, da norma preexistente, e não de uma posterior opção discricionária de um órgão administrativo ou judiciário.”³⁹

Afrânio Silva Jardim melhor explica a incompatibilidade da discricionariedade do julgador em avocar ou delegar competência a outro juízo ao seu bel prazer com o princípio do juiz natural: “Se a própria lei não pode criar ‘juízes encomendados’, com maior razão o Juiz Natural não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois estaria, por via indireta, atingindo a garantia do prévio Juiz constitucional.”⁴⁰

³⁷ MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem. In: BALTAZAR Júnior, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro**. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁸ STJ, RHC 29.658/RS, 5.ª T., j. 02.02.2012, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, DJe 08.02.2012.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 294.

⁴⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos, pareceres e crônicas/ Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. – 15. ed., rev., ampl. e atual.- Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 92.

Dessa forma, conforme elucubra Badaró⁴¹, para não incorrer em inconstitucionalidade, poder-se-ia interpretar de forma restritiva a parte final do art. 2º, *caput*, inciso II da Lei de Lavagem de Dinheiro, de forma a entender se tratar de *lex specialis*, em detrimento da, então inaplicável, *lex generalis* prevista no art. 82 do CPP.

Contudo, da mesma forma que o citado autor, entendemos não ser o argumento totalmente convincente, pois não cabe ao magistrado decidir sobre a competência alheia, somente aos que lhe cabem ou não. Para dirimir tais questões existe previsão constitucional expressa⁴², qual seja, o conflito de competência, que se presta exatamente para tais situações.

Sendo assim, não nos parece viável confiar ao juiz da lavagem de dinheiro o *superpoder* de arbitrariamente determinar acerca da *unidade de processo e julgamento* interferindo na competência de outro órgão jurisdicional, havendo meios constitucionais e legais para a solução de tais conflitos, conforme acima descrito.

Sobra sem definição constitucional expressa a questão atinente aos conflitos de competência entre juízes estaduais e, conforme entendemos, por ausência de previsão na Lei Maior, caberia então a aplicação do art. 2º, *caput*, inciso II da Lei 9.613/1998, resultando na preponderância da decisão do juiz estadual competente para processamento do crime de branqueamento em detrimento do juiz do processo do delito antecedente, o qual estará impedido de suscitar conflito positivo de competência.

4.1. Prorrogação de competência: noções de competência absoluta e relativa e as varas especializadas em lavagem de dinheiro

Ao se falar em reunião de processos por efeito da conexão, deve-se depreender que se está a tratar de competência relativa. Isso porque somente a competência relativa pode sofrer prorrogação ou modificação.

Esse discurso traz à tona a questão das varas especializadas em lavagem de dinheiro, as quais, como óbvio, tem competência em razão da matéria, a qual tradicionalmente é tratada como de competência

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 294.

⁴² A competência para julgamento dos conflitos de competência é prevista na CF/1988: art. 102, I, *o*; art. 105, I, *d*; e art. 108, I, *e*.

absoluta, “logo, a violação das regras de competência para matéria e pessoa por ser absoluta, não se convalida jamais (não há preclusão ou prorrogação de competência) e pode ser reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal, em qualquer fase do processo.”⁴³.

Por outro lado, entende-se predominantemente que “a inobservância das regras atinentes à competência territorial é causa de nulidade relativa conforme orientação jurisprudencial amplamente majoritária”⁴⁴.

Isso porque compreende-se como *competência absoluta* aquela cujas regras, se desrespeitadas, formará nulidade insanável e, por isso, será improrrogável. Por se tratar de inobservância de regra fixada no interesse público da correta prestação jurisdicional, a incompetência absoluta poderá, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ser declarada *ex officio* pelo magistrado⁴⁵, pois atendem ao

interesse [que] é eminentemente público, indisponível e inafastável por qualquer decisão dos interessados que concretamente estejam integrando determinada relação processual, sejam eles partes (acusado, Ministério Público, assistentes de acusação), seja o próprio órgão julgador.⁴⁶.

Em contrapartida, compreende-se de forma civilista que a *competência relativa* no processo penal decorre da violação da competência territorial, a qual, exclusivamente, atenderia o interesse das partes e, assim, seria plenamente sanável.

Ocorre que não nos parece a classificação acima exposta plenamente escorreita, com difícil aplicação prática no campo penal. Com relação à competência por razão da matéria ser *improrrogável*, Badaró questiona como explicar o caso em que o juiz de uma vara que tenha competência especializada para crimes de lavagem de dinheiro, perderá tal competência, se tal delito for conexo com um crime doloso contra a vida, havendo prorrogação da competência da vara do júri, por força da conexão? E responde, concluindo que “Partindo das

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. [Edição do Kindle] – 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, l. 6031.

⁴⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** [livro eletrônico]. – 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

premissas doutrinárias, ter-se-á que admitir que houve prorrogação de ‘competência absoluta’.”⁴⁷

Nesta esteira, a classificação da competência territorial como relativa nos parece ser um transplante impróprio de conceitos processuais civis para o campo penal. De fato, ao passo que no processo civil a competência territorial é estabelecida em razão dos interesses das partes, no processo penal o é em razão do interesse público. Ao definir a regra geral de competência territorial (art. 70, CPP) como o local onde se consumou a infração e, no caso de tentativa, o último ato de execução, mirou-se atender ao interesse público de obtenção mais fácil da prova, beneficiando a eficiência do processo e o melhor exercício da ampla defesa, bem como proporcionar impacto da decisão judicial no local onde ocorreu a conduta para cumprir a chamada função de prevenção geral da pena. Deveras, não se pode falar que tal competência é relativa⁴⁸, pois inclusive princípios constitucionais estão sendo garantidos.

Para melhor verificação da inadequação de tal classificação no processo penal, é necessário se voltar às disposições do *Codex* Processual Penal relativos à matéria.

Com relação às nulidades, o art. 564, I estabelece que a nulidade ocorrerá na hipótese de incompetência do juiz. O art. 567, por sua vez, rege que “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.”. Além disso, o art. 572 do CPP permite concluir que a nulidade de que trata o inciso I do artigo 564 não está entre os vícios sanáveis.

Assim, é facilmente perceptível que, conforme leciona Tornaghi:

não distinguiu o Código, quanto à validade, a incompetência em razão da matéria da incompetência territorial. Ambas acarretam a nulidade. E ao meu ver andou bem. Enquanto na órbita civil a competência *ratione materiae* se baseia na maior aptidão de um juiz e a *ratione loci* atende apenas à comodidade do réu, que deve ser o mais poupado possível, na esfera do

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

⁴⁸ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

processo penal também a proximidade do local da infração é penhor de maior acerto e segurança de mais perfeita justiça⁴⁹.

Além disso, crítica mais abrangente deve ser feita. Os conceitos de competência “absoluta” ou “relativa”, pautadas pela sanabilidade do defeito processual, pensada a partir da teoria das nulidades de Lacerda⁵⁰, possuem equivocada visão eminentemente privatista do processo penal. Deve-se, de fato, abandonar a teoria das nulidades com base no “prejuízo”, uma vez que este se encontra na cabeça do julgador, sendo verdadeira “continuidade do modelo inquisitorial pela incorporação de uma tolerância à ilegalidade (...) não sujeito a controle jurisdicional (pela discricionariedade da decisão) embalado pela possibilidade de redução de todas nulidades às nulidades relativas”⁵¹, devendo ser rechaçada a inaplicável natureza do processo penal sob o manto teórico de Bulow.

Contudo, mesmo retornando ao sistema amplamente aplicado no processo penal brasileiro, no qual se entende que “*nulidades relativas son las nulidades que sólo pueden se deducidas por la parte que tenga interés em la observancia de la disposición violada; no son denunciabes de ofício, y no son sanables*”⁵², tem-se que, em seu art. 109, o CPP reza que: “Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”. Dessa forma, se vê claramente que “a incompetência em razão do lugar pode também ser conhecida pelo *juiz de ofício*. Isso porque “o art. 109 do CPP não faz nenhuma restrição, todo oposto”⁵³, deixa aberto ao julgador reconhecer sua incompetência *ex officio* em qualquer hipótese.

Em suma, de acordo com o direito positivado, entendemos não haver base legal para a diferenciação aceita pela jurisprudência⁵⁴. Por isso, deve-se concluir que nos casos de conexão, ainda que haja vara

⁴⁹ TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. vol. 2 e 3. p. 119-120.

⁵⁰ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 72.

⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153.

⁵² LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, p. 714.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. [Edição do Kindle] – 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, l. 6031.

⁵⁴ Nesse sentido: STF, HC 98.205-AgR, 2.ª T., j. 11.12.2009, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.12.2009; STF, HC 95.139, 1.ª T., j. 23.09.2008, m.v., rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.09.2008.

especializada para crimes de branqueamento de capitais, a competência pode ser prorrogada. É possível o juiz da vara de lavagem de dinheiro ter a sua esfera de competência ampliada, acabando por processar e julgar um delito que normalmente não seria competente para fazê-lo (por exemplo: um crime de furto, que seja delito antecedente), ou poderá ter sua competência reduzida, deixando de ser competente, se o juízo prevalecente for o da outra vara, seja ela comum (no caso de infração antecedente ser latrocínio cometido mediante pagamento), seja especializada em outra matéria (varas exclusiva de crimes tributários, no caso da infração antecedente ser qualquer delito contra a ordem tributária)⁵⁵.

Em tais casos de concurso de “justiças da mesma natureza”, determinar-se-á o órgão prevalecente nos termos do quanto disposto nas alíneas do art. 78, inciso II, CPP, *in verbis*:

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

(...)

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

- a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;
- b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;
- c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

Conforme se extrai da simples leitura do referido dispositivo legal, as delimitações contidas nas alíneas “são subsidiárias, existindo uma hierarquia entre elas, iniciando-se pela alínea *a*. Assim, imperioso relevar as sanções abstratamente previstas para os crimes, se de reclusão, detenção, restritiva de direitos ou multa, depois verificar os seus patamares máximos ou, se comuns, os mínimos (alínea *a*). Caso haja identidade no *quantum* cominado, prevalece o juízo em que praticado o maior número de infrações (alínea *b*) ou, de forma remanescente, firmar-se-á pela

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 300-301.

prevenção (alínea c), sopesando quem primeiro praticou ato processual de cunho decisório.”⁵⁶.

Dessa forma, resta elucidado que, nos casos de varas especializadas em lavagem de capitais que incidam os efeitos da conexão, a definição de qual juízo da mesma natureza prevalecerá, se dará pela observância dos critérios do art. 78, inciso II, CPP, entendimento este em contraposição à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷.

4.2. Separação dos processos (Art. 80, CPP) e o princípio juiz natural

Conforme amplamente já exposto, as espécies modificadoras de competência não encontram óbice na garantia do juiz natural, desde que estabelecidas previamente ao fato delituoso, de forma clara e indubitável, que defina um único tribunal ou juiz e “que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente”⁵⁸.

Dessa forma, resta claro que a definição do juiz natural passa pelos aspectos prorrogadores ou modificadores da competência, para aí chegarem ao juiz predefinido por lei, conforme assevera Dinamarco:

A jurisdição só se considera concretizada quando, por aplicação de todas as normas determinadoras da competência, em associação às normas modificadoras ou de concentração eventualmente pertinentes, chega-se a conhecer o órgão que efetivamente processará e julgará a causa tomada em consideração⁵⁹.

Resumindo, o juiz natural competente é aquele definido segundo as regras de competência advindas dos critérios originais somadas aos critérios modificadores de competência.

A problemática do art. 80 do CPP aí reside, ao dispor que: “Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido

⁵⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Capítulo V – Da competência por conexão ou continência. *in* GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique [cords.]. **Código de Processo Penal** [livro eletrônico] – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁵⁷ STJ, CComp 93.991/SP, 3.ª Seção, j. 09.06.2010, v.u., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17.06.2010.

⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974 vol. I. p. 323.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I, p. 429.

praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.”.

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que “este dispositivo diferencia-se, portanto, dos incisos I e II do art. 79 do CPP, que trata de hipóteses que, desde o início, devem tramitar separadamente, em que peses haver entre eles conexão e/ou continência.”⁶⁰, ou seja está a se tratar de *separação* de processos já em andamento, não de obstáculo a iniciarem-se unidos.

Esse ponto ganha bastante relevância na famigerada “Operação Lava Jato”, na qual se reconhecia uma suposta conexão probatória entre os variados procedimentos penais em trâmite perante a 13ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba e, com base no art. 80, CPP, se reputava “conveniente a separação” dos feitos antes mesmo de terem início. Não havia, portanto, *separação* de processos anteriormente unidos, mas sim nascimento de forma individualizada.

A segunda questão controversa sobre o art. 80 do Estatuto Processual mora no entendimento de que, após a aplicação do dispositivo por parte do juiz com competência já prorrogada pela conexão, com a determinada separação dos processos o procedimento deveria ser remetido ao juízo que seria competente se excluído o efeito da conexão, o juízo “originalmente” competente.

Dessa forma, Maria Thereza Rocha Assis Moura entende que “Primeiramente, todos os feitos são reunidos no juízo de competência prevalente, a quem incumbe decidir sobre a cisão dos processos e, se for o caso de cindir, remeter os feitos que lá não forem tramitar para o outro juízo.”⁶¹

Contudo, enxerga-se grande violação do princípio do juiz natural em aplicar-se o art. 80, CPP da forma acima exposta. Isso porque estar-se-ia definindo competência *post factum*, de maneira discricionária, baseado em critérios absolutamente abertos e genéricos (*motivo relevante, refutar conveniente*).

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 574.

⁶¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Capítulo V – Da competência por conexão ou continência. *in* GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique [cords.]. **Código de Processo Penal** [livro eletrônico] – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Isso se dá, pois o magistrado em relação ao qual se exerceu a *vis attractiva* continuará competente para os feitos em relação aos quais exista conexão, embora estes passem a ser julgados de forma separada:

visto que o dispositivo prevê, segundo estes, apenas a separação do julgamento, sem nova mudança de competência. Ou seja, separado ou não o feito, o juiz que anteriormente teve sua competência prorrogada, continuará competente para julgar os dois processos desmembrados.⁶²

Ademais, não se pode infringir o juiz natural por “conveniência” e “motivo relevante” segundo julgamento arbitrário do magistrado. Normalmente, o juiz natural é aquele definido pelos critérios de competência somados aos de modificação e prorrogação. Se este juízo entender pelo desmembramento dos feitos e determinar a remessa do processo que sofreu cisão ao órgão que seria competente caso inexistente a conexão, este não seria julgado por seu juiz natural. O fato de ter havido o desmembramento dos feitos não exclui a competência do juiz naturalmente competente segundo as regras formadoras e modificadoras de competência.

Ou seja, caso o juiz se veja com um feito complexo envolvendo muitos acusados, ele poderá fazer a separação de processos facultativa, desde que todos estes processos desmembrados continuem perante o próprio juízo originário, sem redistribuição⁶³ ou remessa dos autos para órgão que não consista no juiz natural do processo.

Em suma, o art. 80 trata de separação de processos já anteriormente reunidos, além de somente ser constitucional a cisão destes desde que não haja remessa dos autos a outro juízo.

4.3. Conexão do crime de lavagem de dinheiro com crime eleitoral antecedente

Revestida de grande complexidade e relevância é o tema dos efeitos da conexão no caso de crime eleitoral como antecedente da lavagem de dinheiro.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 309-310.

⁶³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Conforme é sabido, recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal, no bojo do Quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435/DF decidiu, por maioria de votos, que “Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos”⁶⁴. O voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Mello, acompanhado pela maioria do pleno, entendeu ser competência da Justiça Eleitoral processar e julgar todos os crimes conexos aos delitos eleitorais por força do princípio da especialidade. Com efeito, foi ressaltado que o art. 35, inciso II, do Código Eleitoral preconiza que compete aos juízes eleitorais “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais” e, por se tratar de justiça especializada, prevalece sobre as demais, alcançando os delitos de competência da justiça comum.

Ademais, salientou o referido voto que o quanto disposto no artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, e no art. 109, inciso IV, da Constituição da República, “afastam, no caso, a competência da Justiça comum, federal ou estadual, e ante a conexão, implica a configuração, em relação a todos os delitos, da competência da Justiça Eleitoral.”⁶⁵

Ocorre que, apesar de entendimento doutrinário que coaduna com o quanto decidido sobre o tema pelo Pretório Excelso⁶⁶, não nos parece ser a solução mais escorreita, especificamente no que concerne à conexão entre o crime de branqueamento de capitais e delitos eleitorais como infrações penais antecedentes.

Isso porque, como é cediço, a Constituição Federal de 1988 não definiu de forma expressa a competência da Justiça Eleitoral, uma vez que remeteu a questão para a lei infraconstitucional, conforme reza seu art. 121: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.”

Nessa toada, com força de lei complementar, o art. 35, inciso II, da Lei 4.737/1965 determinou o âmbito da competência da Justiça Eleitoral, competindo aos juízes eleitorais o julgamento dos crimes eleitorais e os que lhe forem conexos. De igual consequência prática se extrai o

⁶⁴ Inq 4435 AgR-quarto, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 20-08-2019 PUBLIC 21-08-2019.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Nesse sentido: LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. [Edição do Kindle] – 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. I. 7189-7230

disposto no art. 78, inciso IV do CPP, o qual prevê que “no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta”.

Ocorre que, o princípio da especialidade – conforme utilizado pelo STF no âmbito do Inq. 4.435 para fazer prevalecer o quanto disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral – é critério posterior ao da hierarquia das normas dentre as regras para a solução de antinomias. Conforme leciona Bobbio “As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade”⁶⁷.

Dessa forma, tem-se, segundo a hierarquia das normas, que a inferioridade de uma norma em relação à outra “consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.”⁶⁸.

Por isso, ressalta-se que a regra de competência vista pelo art. 35, II, do Código Eleitoral não possui natureza constitucional (lei complementar e, portanto, inferior) e, com isso, não poderá prevalecer sobre norma prevista expressamente na constituição (norma hierarquicamente superior) que atribua a outro órgão jurisdicional a competência para processo e julgamento de crimes comuns, sob risco de subversão da hierarquia das normas.

Logo, havendo conexão de uma infração penal antecedente de competência da Justiça Eleitoral com o crime de lavagem de dinheiro, deve-se analisar se a competência do delito de branqueamento é da Justiça Federal ou Estadual.

Explica-se. Conforme cristalinamente elucidada Badaró “Se a lavagem de dinheiro for de competência da Justiça Federal, como essa é definida pela Constituição (art. 109 da CF/1988), outro caminho não restará, senão a tramitação separada dos processos.”⁶⁹. Impossível é a reunião dos feitos, com julgamento simultâneo, uma vez que a competência da Justiça Federal tem assento constitucional (art. 109, caput, da CF/1988)

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 92.

⁶⁸ Idem, p. 93

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

e, dessa forma, não é possível uma norma infraconstitucional – o art. 35, II, do Código Eleitoral –, afastar aquela previsão hierarquicamente superior. Por isso, aos juízes eleitorais caberá o julgamento da infração antecedente, de natureza eleitoral, ao passo que à Justiça Federal competirá o processo e o julgamento do crime de branqueamento, ou seja, “cada justiça julga o delito que lhe pertence”⁷⁰.

Aliás, nesse exato sentido foi o voto vencido do Ministro Edson Fachin no julgamento do Quarto Agravo Regimental no Inquérito 4.435 do Supremo Tribunal Federal, asseverando que “não há como se admitir a derrogação de uma competência prevista em norma constitucional por força de disposição contida em lei ordinária ou complementar, as quais, como é cediço, tem na própria Constituição Federal o seu parâmetro de validade e eficácia.”⁷¹

Nem há que se falar, tampouco, que a parte final do art. 109, IV, da Constituição Federal fará prevalecer a competência dos juízes eleitorais sobre os federais. Isso porque, conforme se verifica pela simples leitura do dispositivo constitucional, trata-se apenas de um critério de definição de competência no caso de delito único que, simultaneamente, seja crime eleitoral, mas que também fira bens, serviços ou interesses da União Federal. Não se está a tratar de disciplina de foro prevalente em caso de conexão, mas apenas concurso aparente de normas sobre competência originária⁷².

Renato Brasileiro de Lima arremata afirmando que sendo a competência da Justiça Federal prevista pela Constituição Federal, “não pode ser colocada em segundo plano por força da conexão e da continência, normas de alteração da competência previstas na lei processual penal. Afinal, é a lei processual que deve ser interpretada por meio da constituição, e não o contrário”⁷³.

⁷⁰ CARVALHO, Vladimir Souza. **Teoria da competência da Justiça Federal**. 2ª edição – Curitiba: Juruá, 2016, p. 117.

⁷¹ Inq 4435 AgR–quarto, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 20-08-2019 PUBLIC 21-08-2019.

⁷² Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 305–306.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 409.

Solução distinta se dá para os casos de conexão entre crime eleitoral antecedente e lavagem de dinheiro de competência da Justiça Estadual. Considerando que nem a Justiça Eleitoral ou Estadual têm natureza constitucional – haja vista que a competência dos juízes estaduais é residual – a solução se dará pelas normas contidas na legislação ordinária. Neste caso, pelo quanto disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral, ou por incidência do art. 78, IV, do CPP, ter-se-á o julgamento em conjunto da infração antecedente e do crime de branqueamento perante a Justiça Eleitoral.

5. Lavagem de dinheiro, conexão e o foro por prerrogativa de função

Questão ainda mais controvertida e complexa é a da conexão do crime de lavagem de dinheiro e de seu crime antecedente nas seguintes situações: *i*) quando da conexão entre a infração antecedente e o crime de branqueamento de capitais, um dos dois delitos houver sido cometido por pessoa que goze de foro por prerrogativa de função e o perpetrador do outro crime não ostente a prerrogativa; e *ii*) na hipótese de conexão entre o crime antecedente e a lavagem de dinheiro, os praticantes de ambas as condutas delitivas ostentarem foro por prerrogativa de função, mas que a Constituição atribui a Tribunais distintos.

Preliminarmente, há de se lembrar que o juiz natural para julgar um fato criminoso é aquele único órgão jurisdicional competente, claramente predeterminado por lei constitucional ou decorrente dela, acrescido das causas modificadoras ou prorrogadoras de competência, desde que editada nos mesmos moldes.

Dessa forma, dever-se-á partir do pressuposto de que, existindo conexão, a regra é a formação do *simultaneus processus* para processar e julgar tanto o acusado agraciado com foro por prerrogativa de função, quanto aquele que originalmente não possui tal prerrogativa.

Para solucionar a primeira situação problemática acima exposta, utilizaremos um exemplo prático: um governador estadual é acusado de corrupção passiva, ao passo que ao seu motorista é imputada a prática de lavagem de dinheiro por ocultar e dissimular a propina recebida por meio da compra e venda de veículos a preços incomuns.

De acordo com o art. 105, inciso I, alínea *a* da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para processar e julgar o governador em questão, na medida em que seu motorista deveria ser processado e julgado por magistrado de primeiro grau. Por força do

art. 76, incisos II e III, do Código de Processo Penal, operam-se no caso concreto, os efeitos da conexão, devendo os procedimentos correrem de forma unitária. Portanto, neste caso, de acordo com o art. 78, III, do CPP, prevalecerá a jurisdição do STJ, determinada constitucionalmente, para julgamento em conjunto do governador e de seu motorista, sendo certo que, na dita hipótese, “não haverá violação de regras constitucionais de competência, posto que a competência do juiz de primeiro grau para julgar o cidadão comum não tem natureza constitucional.”⁷⁴

Este entendimento, aliás, coaduna com o quanto disposto na Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”, além de convergir com o quanto decidido em questão de ordem suscitada pelo saudoso causídico Márcio Thomaz Bastos na Ação Penal 470/STF, tendo decidido o plenário “para assentar a competência da Corte quanto ao processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar”⁷⁵.

Diversas são as críticas a tal posicionamento, conforme diverge Rafael Fecury Nogueira ao asseverar que a reunião dos processos pela conexão, advém de norma infraconstitucional (artigo 78, III e 79, do CPP) e, por isso, “não pode ter a força de afastar uma garantia processual constitucional (duplo grau de jurisdição) que o réu não detentor da prerrogativa de função tem direito diante da competência constitucional do juízo de primeira instância para o seu julgamento.”⁷⁶.

Seguindo tal linha, mormente após o quanto decidido pelo Pretório Excelso na QO na AP 937/RJ, o Supremo Tribunal Federal recentemente passou a adotar como regra o desmembramento dos inquéritos e das ações penais originárias no tocante a investigados ou coacusados não detentores de

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 315.

⁷⁵ AP 470, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011.

⁷⁶ NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Foro por prerrogativa de função no processo penal**: investigação, processo e duplo grau de jurisdição. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 111.

foro por prerrogativa de função, “admitindo-se, apenas excepcionalmente, a atração da competência originária quando se verifique que a separação seja apta a causar prejuízo relevante, aferível em cada caso concreto”⁷⁷.

Esse entendimento não nos parece ser o mais correto, uma vez que são latentes as violações à garantia do juiz natural. Conforme já elucidado de forma esgotante, é notório que o juiz natural do fato criminoso é dado pelas regras predeterminadas de competência somadas as modificadoras e prorrogadoras de competência que apontem para um único órgão jurisdicional⁷⁸.

Sendo assim, no exemplo hipotético dado acima, o juiz natural para processamento e julgamento do motorista, conforme as regras definidoras e modificadoras de competência preestabelecidas, é o Superior Tribunal de Justiça, sendo absolutamente inconstitucional, segundo o quanto decidido pelo STF, que se altere a competência *post factum*, por decisão arbitrária de órgão do poder judiciário (e não por lei), e muito menos com base em motivos absolutamente genéricos como o “prejuízo relevante”, para que o imputado seja julgado por órgão que não constitua no juiz natural da causa.

À segunda situação problemática exposta no início deste item, também se exporá por meio de caso hipotético: um Deputado Federal é acusado de corrupção passiva e, para ocultar os bens provenientes do delito, confia em seu colega de partido, um Governador de estado, para realizar a lavagem do proveito do delito antecedente. Neste caso, tanto a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar o Governador, quanto a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o Deputado Federal são vistas pela Constituição (art. 105, I, *a* e art. 102, I, *a*, da CF/1988, respectivamente).

Nessa hipótese, não se aplica o art. 78, III, do CPP, pois cada um dos acusados tem o direito ao seu juiz natural, no caso, fixado por regras constitucionais e, por isso, um critério infraconstitucional que estabeleça a competência prevacente não poderá afastar uma ou outra regra constitucional de determinação de competência⁷⁹.

⁷⁷ STF, Pet 7942 AgR/DF, 2T, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 29.03.19. No mesmo sentido: Inq 4130 QO, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. RT, 2014.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria

Apesar disso, não se desconhece posição jurisprudencial⁸⁰ e doutrinária de forma diversa, que entende que “no concurso entre a jurisdição de tribunais, em razão de prerrogativa de função, prevalecerá aquela da Corte de maior hierarquia na organização do Poder Judiciário.”⁸¹

Contudo, não nos parece a mais correta posição. Assim, “vale dizer: caso os corréus cometam crimes em que haja competência prevista na Constituição Federal, deverá obrigatoriamente haver a separação de processos.”⁸².

6. Conclusão

O presente trabalho visou a abordar a questão da causa modificadora de competência da conexão entre o delito de lavagem de dinheiro e suas infrações penais antecedentes à luz da legislação federal pátria, e mais importante, sob o agasalho da garantia constitucional do juiz natural.

De fato, há de se enxergar a garantia do juiz natural como aquele único órgão jurisdicional, claramente predeterminado por lei constitucional ou decorrente dela como competente, acrescido das causas modificadoras ou prorrogadoras de competência, desde que editada nos mesmos moldes.

Procurou-se, ainda, demonstrar as diferentes hipóteses de competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual para o processamento e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro.

Dessa forma, restou elucidado que será competência da Justiça Federal quando: *i*) a infração antecedente do crime de lavagem for de competência dos juízes federais; e/ou *ii*) o próprio crime de branqueamento de capitais for cometido contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, independentemente da competência para julgamento do crime antecedente.

Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 315.

⁸⁰ Nesse sentido: HC 42.576/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 423; HC 95.322/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, REPDJe 17/05/2010, DJe 05/04/2010.

⁸¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** [livro eletrônico]. – 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁸² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Ao passo que a Justiça Estadual será competente na hipótese em que o delito antecedente for de competência dos juízes estaduais e, cumulativamente, quando o próprio crime de lavagem de dinheiro não for cometido em detrimento do sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou contra bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Quanto às varas especializadas em lavagem de dinheiro, restou consignado que a especialização das varas por atos normativos internos dos tribunais contém importantes problemas processuais no tocante à competência, *i)* por extrapolar, muitas vezes, os critérios definidores de competência territorial previstos pelo Código de Processo Penal; e *ii)* por ferir de morte o aspecto temporal do princípio do juiz natural, ao modificar *post factum* a competência para julgamento do crime de branqueamento de capitais.

Quanto aos aspectos da conexão na lavagem de dinheiro, propriamente dita, verificou-se que a parte final do art. 2º, *caput*, inciso II da Lei de Lavagem de Dinheiro contém grave vilipêndio ao princípio do juiz natural. Parece-nos incorreto o *superpoder* conferido ao juiz competente pelo julgamento do branqueamento de capitais para arbitrariamente decidir sobre a “unidade de processo e julgamento”, interferindo na competência de outro órgão jurisdicional, alterando a competência *post factum* por critérios legais demasiadamente genéricos, havendo meios constitucionais e legais para sua solução, como é o caso do Conflito de Competência.

Retornando ao tema das varas especializadas, especificamente no que toca a questão da improrrogabilidade de sua competência por se tratar de competência absoluta por matéria, ao passo que a competência territorial configuraria competência relativa, concluiu-se que de acordo com o direito positivado, entendemos não haver base legal para essa diferenciação aceita pela jurisprudência. Por isso, nos casos de conexão, ainda que haja vara especializada para crimes de branqueamento de capitais, a competência pode ser prorrogada.

Dessa forma, nos casos de varas especializadas em lavagem de capitais que incidam os efeitos da conexão, a definição de qual juízo da mesma natureza prevalecerá, se dará pela observância dos critérios do art. 78, inciso II, CPP.

Quanto à separação facultativa dos processos conexos à lavagem de dinheiro (art. 80, CPP), discorreu-se sobre se tratar de *separação* de processos já em andamento, não de obstáculo a iniciarem-se unidos.

Ademais, a separação facultativa só poderá ser operada desde que todos estes processos desmembrados continuem perante o próprio juízo, sendo violação grave ao princípio do juiz natural a remessa dos autos para o órgão que seria competente caso não houvesse a conexão.

Outrossim, com relação à conexão entre a lavagem de dinheiro e o crime eleitoral antecedente, refutou-se o entendimento firmado pelo STF no bojo do 4º Ag. Reg. no Inq 4.435/STF. Isso porque a competência da Justiça Eleitoral é fixada por lei complementar, ao passo que a competência da Justiça Federal é vista expressamente por norma constitucional, não sendo possível que uma lei hierarquicamente inferior prevaleça sobre a superior.

Dessa forma, nos casos de a lavagem de capitais ser de competência dos juízes federais, será julgada em separado ao crime eleitoral antecedente, que será processado perante a Justiça Eleitoral, ao contrário do que ocorre no branqueamento de competência dos juízes estaduais, competência que será atraída pela Justiça Eleitoral pela especialidade, vez que nenhuma das duas possui competência constitucional.

Por fim, analisaram-se os casos de conexão entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente quando, para um dos delitos o acusado possui foro por prerrogativa de função, e para o outro a competência é do juiz de primeiro grau. Para tanto, analisou-se a jurisprudência do STF e concluiu-se que, neste caso hipotético, o tribunal competente originariamente para julgar o acusado detentor da prerrogativa de função exerceria a *vis attractiva* e seria o competente para julgar ambos os imputados, uma vez que sua competência possui assento constitucional ao passo que a competência do juiz de primeira instância não o tem.

Ainda, com relação ao exemplo em que a lavagem é cometida por acusado detentor de foro de prerrogativa de função e o crime antecedente também é infringido por agente agraciado por tal prerrogativa, mas a CF atribui competência a tribunais distintos, entendeu-se pela não aplicação do art. 78, III, do CPP, pois cada um dos acusados tem o direito ao seu juiz natural, no caso, fixado por regras constitucionais e, por isso, um critério infraconstitucional que estabeleça a competência prevalecente não poderá afastar uma ou outra regra constitucional de determinação de competência.

Referências

ANSANELLI JUNIOR, Angelo. **Aspectos processuais dos crimes de lavagem de dinheiro**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do

Estado de Minas Gerais, n. 13, 2009. **BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais:** comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012 / Gustavo Henrique Badaró; Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 122, set./out. 2016.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Teoria da competência da Justiça Federal.** 2ª edição – Curitiba: Juruá, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** – 31. ed. rev. e atual.- São Paulo: Malheiros, 2015.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência de juízo:** crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro: as varas especializadas e a resolução 20/03 do Tribunal Regional Federal da 4ª região: inconstitucionalidades. Revista Jurídica, n. 320, p. 102-107, jun. 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico] – 6. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra, 1974 vol. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flavio. **Leis de Lavagem de Capitais:** Aspectos Processuais. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 65, p. 10-11, abr. 1998A.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

JAKOB, André Codo; MACHADO, Bruno Amaral; CORDEIRO, Carolina Souza. **A persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos nos discursos dos magistrados:** uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 142, abr. 2018n, p. 81-110.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal:** estudos, pareceres e crônicas/ Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. – 15. ed., rev., ampl. e atual.– Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

KARAN, Maria Lúcia. **Competência no processo penal.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador.** 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. – 14. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal,** p. 714.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** [Edição do Kindle] – 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

MARCON, Adelino. **O princípio do Juiz Natural no Processo Penal.** Curitiba. Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem. In: BALTAZAR Júnior, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro.** Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Capítulo V – Da competência por conexão ou continência. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique [cords.]. **Código de Processo Penal** [livro eletrônico] – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Foro por prerrogativa de função no processo penal:** investigação, processo e duplo grau de jurisdição. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** [livro eletrônico]. – 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020

TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. vol. 2 e 3.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 35. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VILARDI, Celso Sanchez. A prejudicialidade no processo penal relativo ao crime de lavagem de dinheiro. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO; Theodomiro [cords.]. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2008.

WUNDERLICH, Alexandre. **A eficácia das varas especializadas** – competência exclusiva e ausência de transcrição de depoimentos: novos bens jurídicos, velhas violações? São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 166, p. 16-17, set. 2006.

PARTE 3

CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS EN ESPAÑA: LA TENENCIA PARA EL CONSUMO Y EL TRÁFICO DE DROGAS

DRUG CRIMINAL POLICY MODEL IN SPAIN: POSSESSION FOR DRUG USE AND TRAFFICKING

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p211-242

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Málaga.

Data de recebimento: 14/09/2020

Data de aceite: 12/11/2020

Última versão do autor em: 19/11/2020

Área: Criminologia e Política Criminal

Resumen:

La norma básica actual del tráfico de drogas está redactada en el artículo 368 del Código Penal español. La imprecisión en la descripción legal de la conducta típica constituye un paradigma de lo que la Doctrina Penal denomina un tipo abierto. La existencia de tipos penales imprecisos provoca la posibilidad de que existan posturas discrepantes y contradictorias, en muchos casos, por parte de los Juzgados y Tribunales que han de aplicar la norma. El análisis parte del histórico de las políticas públicas y legislativas de España, presentando leyes pasadas y actuales, comparando los cambios en el tratamiento de las conductas relativas al tráfico y al consumo de sustancia psicoactivas. A partir de la presentación de las particularidades jurídicos-penales, son analizadas tratamientos legales y jurisprudenciales para diferenciar a los casos de posesión para el consumo y para el tráfico de drogas.

Palabras clave:

Legislación de drogas; Tráfico de drogas; Tenencia de drogas.

Abstract:

The current basic norm for drug trafficking is drawn up in article 368 of the Spanish Penal Code. The imprecision of the legal description of the typical behavior constitutes a paradigm of what the Penal Doctrine calls an open type. The existence of imprecise criminal types causes the possibility of discrepant and contradictory positions, in many cases, on the part of the Courts and Tribunals that apply the norm. The analysis starts from the history of public and legislative policies in Spain, presenting past and current laws, comparing the changes in the treatment of behaviors related to trafficking and the consumption of psychoactive substances. From the presentation of the legal-criminal particularities, legal and jurisprudential treatments are analyzed to differentiate cases of possession for consumption and drug trafficking.

Keywords:

Drug legislation; Drug trafficking; Possession of drugs.

Sumário: 1. Introducción: las primeras disposiciones relacionados con las drogas en España; 2. El marco prohibicionista y las alteraciones legislativas a lo largo de la historia; 3. Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos relativos a la droga; 4. Atipicidad del consumo y del consumo compartido; 4.1. El consumo compartido; 4.2. Infracciones administrativas para el uso de drogas; 5. Conclusiones;

1. Introducción: las primeras disposiciones relacionados con las drogas em España

España se incorporó en 1971 a la política criminal sobre drogas dirigida por Naciones Unidas en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1971, no existía una regulación específica de los delitos relativos a drogas ilegales, sino que se presentaba como una cualificación de otros delitos contra la salud pública, cuando la conducta estuviera relacionada con drogas tóxicas y estupefacientes¹.

El Código Penal de 1822 tenía un capítulo para tratar de los crímenes contra la salud pública que prohibía la dispensación de drogas por los boticarios, sin receta. Posteriormente, en la edición de los

¹ El art. 344 de Código penal constituía una norma penal en blanco, cuyo complemento se encontraba en los artículos anteriores.

Códigos de 1848 y 1850 fueran incluidas sanciones para aquellos que sin permiso fabricasen drogas. Ya en 1855 la Ley Orgánica de Sanidad, impuso obligaciones con relación al despacho de psicofármacos. En 18 de abril de 1860 fueran promulgadas las Reales Ordenanzas de Farmacia regulando la actividad de los profesionales farmacéuticos con relación a la elaboración y a la venta de medicamento, sustancias tóxicas y vegetales. El Código Penal de 1870 ratificó esa legislación (BALLESTER, 1990, pp. 32-33).

Las convenciones internacionales a principios del siglo XX surgen como resultado de la guerra del opio, conflicto conocido entre Inglaterra y China, fruto de la disputa imperialista en Asia. Patrocinadas por Estados Unidos, las convenciones tienen inicialmente el objetivo de controlar el comercio del opio y sus derivados. Los países signatarios se comprometieron a prohibir el uso de opio y de cocaína en sus territorios, si tales usos no obedecían las recomendaciones médicas. En ese año se ha firmado la Convención Internacional del Opio, la Convención de la Haya el 25 de enero de 1912.

Desde entonces hasta el año 1918 productos como la cocaína, la morfina, el opio y el hachís, eran productos disponibles para venta en los comercios. El consumo de las sustancias no revelaba ningún tipo de problema social. Por eso la cuestión no tenía atención por parte de los medios de comunicaciones, sino para referirse a eventos relacionados con las drogas en otros países, como algo lejano de la realidad española.

En 1918 fueran aprobadas medidas² para ratificación del Convenio de Haya³, implementándose las primeras medidas para regulación del comercio del opio, de la hoja de coca, cocaína y sus sustancias derivadas. La urgencia en la confirmación del Convenio emerge del hecho de que la Primera Guerra Mundial tuvo influencia en el aumento del consumo de drogas entre los combatientes que, por su voluntad se unieron a los Aliados. El creciente uso de las sustancias estupefacientes influyó en la adopción de políticas prohibicionistas y en la expresión que lo definió como el “problema de las drogas” (USÓ, 2003, p. 193). El decreto de 31 de julio de 1918 también prohibió la posesión de esas sustancias para finalidad recreativa, por consiguiente, se formó un mercado ilícito para aquellos que no tenían acceso a las recetas.

² Real Orden Circular de 27 de febrero y el Real Decreto de 31 de julio.

³ Firmado en 1912, ratificado en 1919 y en vigor en 1922.

Al largo del año de 1928, el gobierno tenía una gran preocupación en adecuarse a la Convención Internacional de Opio por medio de la elaboración de una legislación sobre drogas. En 30 de abril de 1928 se firmó un Real Decreto Ley que restringió la distribución y venta de estupefacientes por el Estado. Se sancionaba con multa la posesión, importación, comercio, circulación de estupefacientes, con el fin de evitar acceso libre a las sustancias sin prescripción médica justificada. Las medidas tenían por objetivo controlar el mercado persiguiendo a los traficantes y producir así una represión contra los consumidores de drogas.

En la segunda república hubo una profundización de las políticas prohibicionistas por la aprobación del Decreto de 3 de agosto de 1932 y de la promulgación de Código Penal de 1932, así como de la Ley de Vagos y Maleantes. El Decreto prohibió la importación y fabricación de morfina e heroína, en el territorio de España y en sus colonias, pero el Código penal no incluyó el tráfico de drogas toxicas o estupefacientes en sus disposiciones. Aunque el Código Penal de 1932 no tenga incluso la mención al tráfico de drogas en sus disposiciones, el 4 de agosto de 1933, Ley de Vagos y Maleantes incluyó como estados peligrosos a los ebrios y *toxicómanos* habituales. Esa legislación sirvió para reprimir consumidores y traficantes de drogas hasta los años 70.

La segunda guerra, así como la primera, interrumpió las conferencias internacionales. Tan pronto como los aliados comenzaron el reparto de Europa y Asia, la recién creada ONU pasa a encargarse de los protocolos firmados por la Liga de las Naciones. En los años 1948 y 1953 otros dos protocolos se firman el primero en París y el segundo en Nueva York.

2. El marco prohibicionista y las alteraciones legislativas a lo largo de la historia

A pesar de las regulaciones anteriormente presentadas, en los años 30 el uso recreativo era raro y marginal y prácticamente sin una reglamentación legal. Eso porque, como explicado por Gamella y Jiménez (2004, pp. 30) el país tuvo una tradición autónoma, resultado de la presencia española en norte de África en los años 40 y 50. Así, en grandes ciudades, Madrid, Barcelona y ciudades de Andalucía, se han establecido redes de consumidores y vendedores, alentados de forma ponderada, por veteranos de guerra que sirvieron en África. Esta práctica fue ignorada por la policía, ya que los consumidores en aquella época eran los propios veteranos de guerra, prostitutas, borrachos y criminales mezquinos.

Pero en la década de 60, el escenario mundial pasa a utilizar el cannabis como símbolo de la contracultura y de la rebeldía, ostentado principalmente por los jóvenes de clases medias y altas. Así, la droga deja de ser considerada propia de grupos marginados minoritarios. En el escenario mundial, Rosa del Olmo (1988, pp. 34) explica que ese desbordamiento de la droga fue inexplicable, ya que no era propio de guetos urbanos, de los negros, mexicanos y clases marginadas en general, sino que pasó a formar parte de la rutina de jóvenes blancos de la clase media norteamericana.

Por el fomento de los EE.UU. fueron editados acuerdos internacionales a lo largo de la primera mitad del siglo con el fin de regular y controlar el mercado de drogas. Pero el marco fundamental ocurrió en 1961 cuando fue firmada la Convención Única sobre Estupefacientes con el objetivo de unificar todos los tratados internacionales anteriores, para globalizar la política de drogas.

Así en el año de 1971 España se incorporó a la política criminal diseñada por las Naciones Unidas en el Convenio Único de 1961. En ese año, la Ley 44/1971 de 15 de noviembre de reforma del Código penal, tipifica de modo expreso el delito de tráfico de drogas y sustancias estupefacientes con la aplicación de la pena de prisión.

La legislación tipificó de modo expreso el cultivo, la fabricación, la elaboración, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso. Además, el artículo 344 pasó a considerar a la tenencia como punible⁴.

El 23 de mayo de 1975, la Sentencia n° 730 del Tribunal Supremo (STS) esclareció que la tenencia a la que se refería el Código penal estaba relacionada con el tráfico de drogas, ratificando que la posesión para consumo personal no podía ser considerada un ilícito penal⁵. La Corte Suprema española decidió que el consumo y la posesión de droga no eran delito. Tal decisión se consolidó como doctrina jurisprudencial en los años siguientes, para establecer que el consumo privado, sea individual o colectivo, así como compartir drogas a título gratuito, sin intención de

⁴ Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas. (Artículo 344, Ley 44/1971)

⁵ STS 730/1975, de 23 de noviembre.

obtener beneficios no deberían ser castigados con el principio fundado en dos importantes conceptos: el de la intimidad y el de la compasión, frutos del fin de la dictadura en 1976 y de la larga tradición católica.

La regulación del art. 344 fue muy criticada por la doctrina porque, como explica Muñoz Sánchez (2014, p. 12) no respetaba el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Así, para salvaguardar la seguridad jurídica, de forma que el arbitrio judicial no devenga en indeterminación de las conductas y de las penas, tuvo lugar su reforma mediante la Ley Orgánica 8/1983 de reforma urgente y parcial del Código penal.

La reforma dejó fuera del tipo penal la tenencia para consumo, así como había sido establecido por la jurisprudencia. Así se consolidó en la ley lo que era ya una doctrina jurisprudencial, al declarar que la tenencia para tráfico era la única punible. Además, fue excluida la expresión “o de otro modo”. El texto legal reiteró la disposición del Proyecto de Código penal de 1980 que pasó a distinguir el tratamiento penal según se trate de sustancia que causen o no grave daño a la salud. Los casos de bajo daño suponen una rebaja de las penas⁶.

Esta reforma fue bien recibida por la doctrina de la época por observar los principios de la seguridad jurídica y de legalidad (Arzamendi de la Cuesta, 1988, p. 198) y también ha sido clasificada como progresista, adecuada y conveniente ya que culminó una reforma de los delitos de tráfico de droga. Cumple resaltar que se bajaran las penas con relación a la legislación anterior de 1971. Además, se redujeron y precisaron de manera más estrecha los comportamientos punibles.

Solo el cultivo, la fabricación y el tráfico de drogas se tipifican. Las conductas referentes a la donación fueran excluidas del texto legal. Así se dejó de castigar la invitación al consumo compartido, eliminando la expresión “de otro modo”, tan abierta e imprecisa. Se añadió una referencia a las sustancias psicotrópicas, debido a la adhesión por España del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas en 1971.

La principal crítica a esa legislación fue la ausencia de referencia sobre los tipos de drogas mencionados ya que el texto de la ley no especifica cual son las “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias

⁶ Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos (Artículo 344 tras la reforma de 1983).

psicotrópicas”. Así, el artículo 344 del Código penal se definió como una ley penal en blanco ya que fue una norma penal incompleta, que no describe completamente la conducta sancionada, demandando de otra norma penal para dar pleno sentido a esa. Por eso para definir las especies de drogas hay que recurrir a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, con base en el artículo 2 de la ley 17/1967 y en el artículo 1 del Real Decreto 2829/1977.

En 25 de noviembre de 1985 el Pleno del Senado publicó las conclusiones de las investigaciones de la Comisión Especial sobre problema del tráfico y consumo de drogas en España⁷. La comisión formada en mayo del año anterior tuvo por objetivo conocer los problemas relacionados a las drogas.

El informe (1985) describe las propensiones de la sociedad española al consumo de drogas, acentuando que la ampliación del alcoholismo desde el inicio del franquismo fue favorecida por la falta de control de los puntos de venta, así como por la publicidad y su difusión a los menores de edad. Se identificaba que las sustancias más consumidas eran aquellas legales: alcohol y tabaco. La sustancia ilegal más usada era el cannabis, mientras que los alucinógenos tenían consumo residual.

La heroína fue apuntada como la droga que ocasionaba más problemas sociales. Aun así, se constataba el aumento del consumo de cocaína y la asociación del uso de esa sustancia a una imagen de prestigio social. En aquel tiempo se alertó sobre el hecho de que España se tornó en el principal productor de anfetaminas en Europa, principal proveedor de la droga en el continente.

En el análisis del Senado se distinguía los usuarios de las drogas entre tres grupos: consumidores ocasionales, abusantes y drogodependientes. Se presentaban recomendaciones relativas a las líneas de actuación general del Gobierno para tener en cuenta al tratar de la cuestión, con foco en la prevención de la demanda, en la reducción de la oferta y en el tratamiento del drogodependiente.

Se indicaba que la represión de la oferta no debería ser la única forma de actuación, ya que la droga puede ser sustituida por otra similar. Además, concluyó que el coste económico y social de la política de prevención es más pequeño que las actuaciones fundadas en la represión. Por eso el

⁷ Disponible en: <http://www.senado.es/legis2/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0206.PDF>. Consulta: 21 de mayo 2020.

gobierno debía promover políticas públicas en centros educativos de prevención dirigidas a los grupos de riesgo. Se recomendaba que las acciones de prevención no se basen en el fomento del miedo y de la abstinencia ya que los efectos de esas medidas son equivocadas y contraproducentes. Para fines del tratamiento aclaró sobre la necesidad de mejorar la formación de los profesionales de la salud y de asistencial público y social con el objetivo de reinsertar el drogodependiente a través de un tratamiento voluntario. Para eso era fundamental la participación de la familia.

En relación a la reducción de la oferta, se consideraba que la legislación penal debería adaptarse a los cambios sociales. Así, las prácticas legislativas deberían seguir basándose en la penalización del tráfico de drogas mientras la despenalización del consumo sea la regla. Eso porque el ejercicio del Estado en la forma del Derecho penal en relación a los consumidores de drogas genera la marginalización social. Todavía, con relación a los traficantes, el informe recomendó el aumento de las penas bases y también de las circunstancias agravantes. El aumento y mejora de la coordinación de las infraestructuras y herramientas de las autoridades para la represión al tráfico también fue señalada.

El informe recomendó la implementación de medidas más restrictas con relación a la publicidad de las drogas legales, sobremodo relacionada a los puntos de ventas y el acceso a los menores de edad. Así se recomendó la reducción de los lugares de consumo donde se produce un daño a terceros.

Esta supuesta “permissividad” con respecto a las drogas y la despenalización formal del usuario hizo que España sufriera gran presión internacional en los años ochenta, luego durante la crisis de la heroína, siendo acusada de violar las convenciones internacionales (GAMELLA; JIMENEZ, 2004, pp. 12). El Gobierno de España ha sido muy criticado por la tolerancia con el consumo y la tenencia de drogas blandas. La Convención de Viena representó un cambio desde el punto de vista internacional ya que además de la cuestión de la salud pública, centra su atención en las repercusiones político-sociales, culturales y económicas que resultan de los delitos de drogas. En este sentido, el preámbulo de la Convención de Viena reconoce que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, así como que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional.

Desde ese punto, el Derecho penal pasa a ser tratado como el único sistema de control social con potencial de mitigar el problema.

Por eso hay una preocupación por la inclusión de los actos preparatorios (el cultivo, los precursores químicos, etc.), así como la punición de las conductas orientadas al consumo personal y el aumento de las penas. Así, en el ámbito europeo, el asunto fue tratado desde esa línea de pensamiento. En este sentido la decisión del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2004⁸.

En este marco internacional España fue sometida a una gran presión interna e externa en el sentido de endurecer la legislación de drogas. Entonces se aprobó, en 24 de marzo la Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. La Ley Orgánica 1/1988 determinó un cambio en dirección de la política pública de drogas.

La Ley Orgánica 1/1988 produce una ruptura con los proyectos e intentos de la reforma de 1983, con el objetivo de incrementar la represión contra el tráfico de drogas. Aunque se mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, se ampliaron las penas, de manera desproporcionada. Se añaden conductas punibles que reiteraban el problema de la cláusula abierta de incriminación ya que se incluye conductas contributivas al consumo, al incluir la cláusula “a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo”.

Se pasa a tener la punición y la represión como los medios más eficaces para resolución de los conflictos relacionados a las drogas⁹.

En 1986 tuvieron lugar las reuniones para preparación de la convención de 1988. En esas reuniones expertos españoles representaban la Delegación del Gobierno para el PNSD. Esas negociaciones se han convertido en un actor activo en los espacios internacionales para trato de los asuntos de drogas. Así, según Díez Ripollés (1993, p. 14), la reforma se basaba en los puntos preparados para la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Esa convención que fue firmada en firmada en 1988 y ratificada en 1990 fue la base para la reforma.

⁸ Consejo de Europa 2004/757/JAI de 25 de octubre de 2004.

⁹ Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas, si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos. (Artículo 344 del CP de 1988).

Como se ha visto hasta aquí, la Reforma de 1988 incluyó una buena parte de los elementos de la Convención de Viena de 1988. La nueva regulación de 1992 supone, según su propia exposición de motivos, la introducción de medidas penales ya incluidas en el Proyecto del Código penal de 1992, para sí cumplir los plazos exigidos en la convención. Sequeros Sazatornil (2000, p. 1544) explica que, a pesar de la justificativa para la elaboración de la normativa, eso no significaba el cumplimiento de una obligación a que estaba sujeta España ante los demás Estados de la Convención, sino, una manera coordinada con lo que se estaba haciendo en todos los países de nuestra orbita cultural. Además, eso supone una contribución a un proyecto de integración del Derecho Criminal en escala mundial.

En el Proyecto de Código penal de 1992 se incluyeron “todas las indicaciones de la Conferencia de Viena de 1988 (OLIVARES, 1992, p. 67). Aunque no se da el paso de la punición de las conductas orientadas al consumo personal se sanciona administrativamente el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como “Ley Corcuera”¹⁰.

La reforma otra vez más se ha enfocado en el incremento represivo y también en la introducción de nuevos delitos y agravaciones. Según Díez Ripollés (1993, p. 45) hubo una imperfección en la técnica legislativa utilizada ya que, en algunos casos se hizo una copia literal de preceptos de la Convención que no fueran articulados a los marcos jurídicos ni tampoco a los conceptos españoles, como si fuera una “colonización jurídica” (DE LA CUESTA, 1998, p. 2).

Por lo tanto, la reforma consolidó aquello que se inició en la Reforma de 1988. Díez Ripollés (1993, p. 45) clasificó España como un “alumno aventajado”, ya que, por las reformas del CP incluyó puntos aún no abordados en el marco internacional, con la única finalidad de satisfacer y reducir las críticas de los organismos internacionales.

Muñoz Sánchez (2008, p. 213) entiende que el legislador ha tenido una posición moderada dentro de la opción represiva respecto al objeto

¹⁰ Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo (Artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992).

material, al marcar la distinción entre drogas susceptibles de causar graves daños y las que no. Además, el legislador no ha acogido la pretensión de las Naciones Unidas de castigar la posesión para el consumo, aunque si se sanciona administrativamente.

En el mismo año, el 21 de febrero también ha sido editada la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que puso fin a laguna de previsión de sanción para la tenencia y el consumo de drogas. Por fuerza de la legislación se pasó a considerar infracciones graves contra la seguridad ciudadana el consumo de drogas en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes público; la tenencia ilícita de esas sustancias aunque no destinadas al tráfico; el abandono de los sitios de útiles o instrumentos utilizados para el consumo; la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de las drogas en lugares o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados.

Poco tiempo después, en 23 de noviembre de 1995, se aprobó un nuevo Código penal, por la Ley Orgánica 10/1995. Arzamendi de la Cuesta (1998, p. 1) explica que la política criminal, en algunos puntos, tomó un nuevo rumbo asentado en una “perspectiva racional y progresista”. Sin embargo, en relación de drogas no ha sido así, ya que mantuvo una línea vinculada a las reformas de 1988 y 1992.

El Código penal de 1995 reproduce en el artículo 368 el contenido del artículo 344 del Código Penal de 1973, sosteniendo el sistema de incriminación de conductas indefinidas con el objetivo de alcanzar todas las fases del delito del tráfico de ilegal de drogas, reiterada por la expresión “u otro modo”. Esa disposición tiene por finalidad evitar lagunas en los comportamientos relacionados a la producción, venta y distribución, y actos que faciliten el consumo ilegal.

El artículo 368 del Código Penal se refiere aquellas conductas que están relacionadas con el consumo ilegal. Este punto ha causado grandes críticas y discusiones (MENGUEZ, 1995, p. 571) ya que la Ley 8 de abril de 1967 atribuyó al Estado el control absoluto sobre los actos relativos a las sustancias, control ese justificado por los fines terapéuticos, industriales, científicos y docentes. Así, las conductas incriminadas en la norma penal son aquellas que se planean únicamente sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dirigidas a la difusión de la droga a un tercero, cuando sea en contra de la ley.

La LO 15/2003 modificó el Código penal de 1995. La tipificación de las conductas que lo describen, a efectos penales, se encuentra en

los arts. 368 a 372 CP, y se complementa con las disposiciones penales que aparecen en los artículos que 373 al 378 CP. Se puede decir que en su conjunto tales preceptos son los que el legislador ha estimado apropiados para comandar la política criminal de combate y prevención de estos delitos.

La reforma de 15/2003 estableció dos niveles agravatorios independientes e incluyó la responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos, aun cuando estas, de acuerdo con la Parte General de Código penal, sean personas incapaces de estar en sometidas a responsabilidad penal. Además, ha ampliado el artículo 87 del Código Penal de 2 a 5 años la pena que podría ser suspendida en su ejecución mediante la certificación, por un centro o servicio público o privado homologado, de que el condenado está sometido a tratamiento para tal fin. Cumple resaltar que esta suspensión de la ejecución de la pena no requiere una declaración de la atenuación por drogadicción, sino que el delito sea causa de la dependencia a drogas tóxicas.

Hay una condición para la suspensión de la ejecución en el artículo 87.4 a que el tratamiento no sea interrumpido. El Código penal preveía hasta entonces que el comienzo del tratamiento puede ser realizado antes o después de la ejecución de la sentencia, eso porque el tribunal requerirá atestado sobre el inicio del tratamiento de deshabitación. Ello supone que al tiempo de su adopción no ha sido iniciado y permite acordar la sustitución de la pena por un tratamiento futuro para la deshabitación. Este modelo es un desafío para las organizaciones dedicadas a la rehabilitación de toxicómanos que podrán realizar sus propuestas de desintoxicación a las personas adictas con problemas penales, afirmando su deshabitación con la suspensión de la ejecución de la pena.

La reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en materia de los delitos relativos a drogas ilegales con un reajuste en las penas establecidas.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica se explica que la reforma se realiza en conformidad con las normas internacionales, en concreto, la decisión marco 2004/757/JAI del Código, de 25 de octubre de 2004, relativa el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos, las penas aplicables en ámbito del tráfico de drogas. Por otro lado, ampara también la previsión del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, al crear un tipo privilegiado, que rebaja la pena en caso de menor gravedad del hecho y por las circuns-

tancias penales del culpable sobre la reducción de la pena, siempre que no ocurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis y 370 del Código Penal.

También se introduce la regulación en el art. 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por las personas que pertenezcan a una organización criminal. Además, se incorporó el Capítulo VI al Título XXII del Libro II, los delitos de pertenencia a organizaciones y grupos criminales. Ambas invenciones legales crean significativos puntos jurídicos relacionados al concurso derivado, en vista de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada por una persona que sea parte de una organización criminosa puede incurrir en tipos penales codificados en diversas normas.

El art. 368 recibió una nueva redacción por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

Por lo que se refiere a la penalidad, se ha reducido considerablemente el límite máximo de la pena de prisión establecida en el art. 368 CP cuando las conductas tipificadas en el mismo se realicen con sustancias o productos causantes de grave daño a la salud, estableciendo la pena privativa de libertad de prisión de tres a seis años, cuando en la regulación anterior estaban castigadas con la pena de prisión de tres a nueve años. Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no se hace ninguna indicación sobre el fundamento de tal modificación, en el Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo párrafo en el art. 368 CP que confiere a los Tribunales la decisión de imponer la pena

inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los arts. 369 *bis* y 370.

Así la reforma del art. 368 CP afecta a la aplicación de penas privativas de libertad cuando el objeto material del delito son drogas que causan grave daño a la salud y establece la posibilidad de atenuación de las penas establecidas en dicho artículo en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

3. Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos relativos a la droga

La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran que el bien jurídico tutelado en los delitos relativos a la droga es la salud pública. La salud pública tiene respaldo constitucional en el artículo 43.1, que reconoce el derecho de protección a la salud por el poder público a través de las medidas y prestaciones necesarias. Este bien jurídico de la salud pública tiene un carácter colectivo. Ello implica que a través de estos preceptos se protege la salud de la sociedad en general, de manera que la salud individual de cada uno de los ciudadanos se protege solo de manera indirecta, esto es, en la medida que la protección de la salud pública repercute en la protección de los ciudadanos (RIPOLLÉS; SÁNCHEZ, 2012, p. 49).

En el entendimiento de Acale Sánchez (2002, p. 20) la salud pública tiene que ser vista como un bien jurídico que se construye con la suma de la cada una de las saludes individuales, pero hay independencia de esta hasta el punto de que para entender que el bien jurídico fue afectado, no es preciso constatar siquiera la afectación negativa a la salud individual. En ese sentido, aunque la protección de la salud pública alcance a la salud individual, no puede resumir ni confundir con esta.

Rey Huidobro (1999, p. 63) también sigue esa línea al decir que cuándo el código alude a la salud pública no intenta referirse exclusivamente a enfermedad que afectan de forma epidémica la población, sino cualquier alteración de las condiciones individuales, mismo que sociales. Para él, cuándo se trata de salud pública se hace referencia a un valor universal y no exclusivamente nacional. Así puede afectar también intereses externos, por eso es indiferente si la droga se produce destinada a consumación externa o interna.

Por otro lado, si bien se considera un delito de peligro abstracto, el legislador exige nocividad en las sustancias objeto del delito, lo cual

deberá acreditarse en el juicio, “sin que ello convierta al delito examinado en un delito de peligro concreto, pues también los delitos de peligro abstracto exigen la prueba de la peligrosidad para el bien jurídico protegido” (SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

La jurisprudencia no ha sido unánime en ese sentido.

La Sentencia 890/2014 de 23 de diciembre del Tribunal Supremo entendió que el delito contra la salud pública tiene por objetivo la protección del destinatario de la droga, o sea, el consumidor o adquirente. Este entendimiento utilizó como punto de partida los delitos contra la integridad física del sujeto pasivo de esos delitos. La decisión resalta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud pública de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la colectividad.

Así, para esa Sala, el ataque a la salud pública no tiene que ser real o efectivo, sino que sea potencial, pero tiene que incidir materialmente en la salud, basta con que sea potencial. En todo caso hay que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede debe tener condiciones de afectarla. Por eso, cuando la sustancia es de ínfima cantidad que no se pueda afectar la salud del destinatario de la sustancia, no hay agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.

La sentencia 861/2005 de 24 de octubre del STS entendió que hay un aspecto doble en relación con el punto de protección del bien jurídico. Si, por un lado, la salud de la persona que toma estupefacientes tiene que ser tutelada, de igual manera la comunidad social que se ve perturbada y alcanzada por el uso de las sustancias. Así han entendido que el legislador ha adelantado las líneas de defensa de ese valor público común, sancionando un amplio número de conductas que se clasifican como delictivas por el solo hecho de poner en peligro la salud pública. Por ese entendimiento el tipo penal se consuma cuando si realiza la conducta típica fijada por el legislador, sin la necesidad de que la sustancia haya llegado al poder de quien la iba consumir, ni que su consumo haya ocasionado concretos resultados perjudiciales a la salud, ya que es un tipo de consumación anticipada y de peligro abstracto.

De igual modo, la Sentencia 444/2005, de 11 de abril de la Sala 2ª del STS señaló que se sanciona la puesta en peligro del bien jurídico, por eso, debe ser excluido del tipo aquellas conductas en las que se puede excluir totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Se requiere que el hecho no sólo infrinja una norma

objetiva, sino que también produzca la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que por la infracción formal de la norma haya un riesgo para el bien jurídico de la salud pública.

De cierta manera en la jurisprudencia hay consenso en relación con la potencial capacidad de generar riesgo abstracto para la aplicación del tipo, así, cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo no se realiza el tipo.

En nuestro entendimiento, eso no quiere decir que, llegado el momento de determinar la efectiva lesión del bien jurídico colectivo de la salud pública, se puede atender a la afección a la salud de personas individuales. Eso es posible cuando estos individuos considerados en sus circunstancias personales, ambientales y culturales, sea en condiciones de representar adecuadamente al conjunto de la sociedad cuya la salud se quiere proteger. En ese sentido, Díez Ripollés (2011, p. 141) entendió que la persona o personas aisladas que pudieren resultar afectadas en su salud individual no solo son el objeto material del delito, sino en la medida en que representan la sociedad se convierten en un sujeto pasivo social representado.

La atención al riesgo de difusión de la droga tiene relación directa con la condición colectiva del bien jurídico de la salud pública. En la tutela de bienes colectivos de peligro, hay un peligro común, ya que se refiere a una pluralidad de individuos. En el peligro concreto, la acción tiene que referirse a personas individuales, con independencia de identidad. Según Díez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012, p. 22) aunque se exija un riesgo general de peligro, la acción concretamente peligrosa puede referirse a personas individuales. Estas personas se limitan a personificar el correspondiente peligro para la colectividad, a la que representa.

Por consiguiente, sí la conducta se configurase de modo que solo resulte peligrosa para una única persona o personas previamente determinadas por su identidad o singularidad, no se puede decir que hay un peligro común, ya que no existe afectación de una pluralidad indeterminada de personas.

El objeto material del delito son las drogas, las sustancias estupefacientes y las sustancias psicotrópicas¹¹, cuya extensión constituye objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial. El Código Penal no ofrece un concepto de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

¹¹ Las sustancias psicotrópicas fueran incluidas en el Código en la Reforma por la LO 1/1988.

Para la Organización Mundial de Salud la droga es toda sustancia que cuando introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias funciones de éste, con la capacidad de generar dependencia por el deseo de usar la sustancia de modo continuado, sea para obtener sus efectos o para evitar el malestar por su falta.

Desde el punto de vista de la ciencia, para que una sustancia sea considerada droga tiene que actuar sobre el sistema nervioso central u otros sistemas del cuerpo humano. Además, tiene que producir tolerancia, lo que significa decir que, para que produzca el mismo efecto del principio de su uso, hay que tener un aumento progresivo de dosis. La sustancia también tiene que producir una dependencia física, en el sentido que sean producidos cambios fisiológicos por la interrupción del consumo. O producir una dependencia psicológica, revelada en un sentimiento de satisfacción y búsqueda de la repetición de la experiencia (JUBERT, 1999, p. 63).

La jurisprudencia, por el contrario, se basa en el contenido de las Listas aprobadas por los Convenios Internacionales ora suscritos por España para demarcar aquello que entiende como drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Las Listas se modifican de acuerdo con los cambios científicos que se introducen a lo largo de la historia.

La Ley 17/1967 en el apartado primero del artículo 2 considera sustancias estupefacientes aquellas incluidas en la lista I y II de las anexas al Convenio Único, sean las sustancias sintéticas o naturales. El Real Decreto 1194/2011 de 19 de agosto establece el procedimiento por medio del cual una sustancia natural o sintética, que no las incluidas en las listas I y II de las anexas, sea considerada una sustancia estupefaciente en el ámbito nacional.

Además, el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 21 de febrero de 1971, ratificado en 2 de febrero de 1973, entiende, por la fuerza del artículo 1 línea e, por sustancia psicotrópica “cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material natural de las listas I, II, III e IV”.

Rey Hui Huidobro (1999, p. 105) entiende que drogas tóxicas son un género al que pertenecen los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Para ello, los términos estupefacientes y psicotrópicos sólo especifican la forma en que actúan. Así, la pluralidad de elementos empleados en la definición del objeto material del delito no sería necesaria, ya que se podía hacer referencia o a estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o a drogas tóxicas.

Acale Sánchez (2002, p. 37) explica que, a pesar del empleo del plural, al referirse al objeto material del delito, existirá un único delito de tráfico o difusión de drogas, aunque en una misma ocasión se trafique o se difundan drogas de distintas clases. Así, la autora entiende (*ibidem*, p. 76-78) que la interpretación correcta es entender que las listas sirven de apoyo para la interpretación jurisprudencial, así se puede deducir que un concepto penal de drogas tóxicas por lo cual, las listas sirven de criterio orientativo.

Esta formulación tan amplia del tipo recibe críticas porque implicaría una vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, ya que equipara grados de ejecución imperfecta con la consumación y formas de participación al hecho con la autoría:

Un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinto de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes (GARCÍA, 2009, p. 29).

Acale Sánchez (2002, p. 32) afirma que “el legislador deja señalado donde empiezan las conductas típicas (con el cultivo o la elaboración) y donde finalizan (con la puesta en circulación de las mercancías). Así, si la conducta típica comienza con los actos de cultivo o elaboración, aquellas que sean anteriores a estos actos, como, por ejemplo, la tenencia de productos que van a ser utilizados para el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas será castigada, en su caso, por el delito del 371 CP”.

El artículo 368 debe ser interpretado para su aplicación cuando se ejecuten actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, o se lleve a cabo, con la conducta alguno de los actos concretos que el propio tipo menciona. Actos que sean de cultivo, elaboración o comercialización.

La conducta de tráfico no se agota en las operaciones de comerciar, negociar, contratar y vender, sino tiene un significado mucho más amplio que se relaciona con la circulación y el tránsito de las sustancias. La jurisprudencia ya ha sostenido que el tráfico de drogas alcanza además del intercambio de dinero o cualquier bien o valor equivalente, también los actos de difusión y transmisión.

Según Acale Sánchez (2002, p. 44-46) el tráfico requiere la presencia de dos sujetos, el que entrega la droga y aquel que entrega algo en cam-

bio de la droga. Así, el concepto de tráfico requiere la entrega de drogas a cambio de algo que sustituya su valor económico. De esa manera si opera el ánimo de lucro expreso en la sustantividad al acto de traficar. En el entendimiento de la autora, los actos de donación se castigan penalmente no en la forma de tráfico, sino en la modalidad “otro modo”.

La conducta de transporte en sentido estricto no sería un acto de tráfico de drogas ya que no supone entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa de valor a cambio de la droga, sino un acto a partir del cual se hace llegar a la droga a los consumidores directos o al comprador (*ibidem*, p. 47-58). Por eso, en la opinión de la autora, sería más adecuado encuadrarle en las conductas de “promover, facilitar o favorecer el consumo ajeno”.

Ya Rey Huidobro (1999, p. 47-58) entiende que el término “tráfico” alude a castigar todas las conductas descritas en el artículo 15 de la Ley de Estupefacientes, que, por tratar de una norma penal en blanco, deja eso para otros sectores del ordenamiento jurídico. Así, serían incluidas las conductas de almacenamiento y depósito, siempre que los estupefacientes vayan destinados al tráfico con terceras personas, también los actos de importación, exportación y tránsito, siendo todos actos de transporte. De igual modo, la adquisición cuando la sustancia adquirida se vaya a destinar a terceras personas y al consumo personal y la donación siempre que la cesión gratuita sea encaminada a promover, favorecer o facilitar la expansión del producto.

Así, sería trasladar la droga a una o más personas, mismo que a título no oneroso. Hay una translación de la pose del dominio o de la posesión (SANTOZIL, 2000, p. 20). Por ese entendimiento, hay que incluir en el concepto de la conducta todos aquellos actos que, a título oneroso o gratuito, trasladen el dominio o la posesión a una tercera persona. El Tribunal Supremo entiende que el tráfico en el momento de venta o transmisión de la droga cultivada y ya elaborada. Por esa lógica el acto de cultivar no puede estar incluso en esa conducta. Eso porque el propio Tribunal afirma que trasladar el dominio o posesión de la droga, no hay que expandirse eso a la elaboración o el cultivo.

Para Rey Huidobro (1999, p. 57) es indiferente que el transporte sea realizado por cuenta propia o de tercero, si el aquel que efectúa sabe que son productos estupefacientes pues si desconoce este hecho, hay en verdad una autoría mediata, por media de la cual, la conducta del ejecutor debe quedar impune por falta de dolo, atribuyéndose la práctica del delito aquella persona que se aprovechó de la ignorancia del ejecutor.

Con relación a la conducta de la fabricación, por fuerza del Convenio de 1961, se pueden considerar todos los procedimientos además de la producción que permitan obtener estupefacientes, incluidos la refinación y la transformación de unos de los estupefacientes en otros derivados. Así, la separación de las hojas de coca y de cannabis, así como del opio u otras plantas que se obtienen esas sustancias, son considerados como conductas de fabricación.

La conducta de elaboración también está prevista en el Convenio de 1971. El artículo 1, línea i, entiende por fabricación los procesos que permiten obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancia psicotrópica en otra sustancia psicotrópica. También se contiene en el término la elaboración de preparados distintos de los realizados con receta en farmacia.

Ya el artículo 11 de la Ley de 8 de abril de 1967, recogiendo el contenido y lo preceptuado en los Convenios antecedentes, establece que se atenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química; y por fabricación de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente.

Pero conviene decir que en la ley penal se contiene un concepto amplio de elaboración. En efecto, el término elaboración que utiliza el Código Penal es más extenso que el de fabricación, ya que comprende la obtención de cualquier producto, mediante mezclas u otro tipo de combinación, que tenga propiedades de las drogas, tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

4. Atipicidad del consumo y del consumo compartido

Como ya resta claro hasta ese punto del trabajo, la simple tenencia para el consumo no es considerada delito, ya que la propia redacción del tipo penal no incluye esa conducta, luego la posesión de drogas para el consumo personal es una conducta penalmente atípica.

Puesto que la salud pública es entendida como la suma de las saludes individuales, Joshi Jubert (p. 107) explica que a efectos penales el autoconsumo debe estimarse atípico ya que no pone peligro la salud pública, sino la salud individual. No puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular. Eso porque, el autoconsumo, aunque pueda perjudicar la salud individual, no tiene potencial de poner en riesgo

la salud pública por no suponer la difusión entre sujetos inconcretos. O sea, la conducta no es idónea para difundir o propagar el consumo de drogas tóxicas.

Para Diez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012, p. 50-51) de acuerdo con la estructura típica del delito de aptitud para la producción de un daño, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante, es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Tal exigencia se refiere a que la acción sea apta, idónea para producir un peligro para la salud pública. Tal aptitud se refiere a la capacidad de la conducta enjuiciada de realizar difusión indiscriminada de la droga. Y por difusión indiscriminada se entiende la diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas. Tal exigencia deja de fuera del tipo las conductas relacionadas con la demanda de la droga, no solo el autoconsumo y las conductas relacionadas con el consumo personal, tampoco el consumo compartido entre drogodependientes.

En España, la mera posesión de drogas no es constitutiva de un delito. Siempre que la posesión sea destinada al consumo propio o compartido y no se destine al tráfico ilegal de estupefacientes, no hay delito. Pero no siempre fue así. En función de la ratificación de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 se aprobó la reforma del Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

El artículo 344 preveía la punición para aquellos que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serían punidos con pena de prisión y multa.

Ante una fundada duda acerca de la punición tenencia para el consumo, se instauró una discusión doctrinal, que fue resuelta por el Tribunal Supremo. La decisión STS de 23 de mayo de 1975, declaró que la penalidad del artículo supra mencionado hacía referencia a la tenencia para el tráfico y no para el consumo.

La Ley Organiza 8/1983 no incluyó en la descripción del tipo penal la tenencia para el consumo. La expresión “o de otro modo” fue suprimida del texto legal y la distinción de tratamiento penal según la gravedad y potencial de daño conjetura una rebaja de las penas. Por la reforma producida por la Ley Orgánica 1/1988 el tipo básico del delito de tráfico de drogas fue otra vez reformulado. La expresión “de cual-

quier otro modo” ha sido recuperada y nuevos tipos penales agravados son creados. Además, se han introducido nuevas figuras típicas para la punición de aquellos que “se aprovechen de los efectos y beneficios derivados del tráfico de drogas”.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, STS 1038/1996 de 20 de diciembre de 1996, señaló que la posesión de droga para consumo propio no es una conducta delictiva y por eso hay necesidad de que sea elaborado un juicio que considere los datos objetivos del hecho. Para que la droga sea considerada como destinada al consumo, es necesario la prueba de la destinación para el consumo de la sustancia estupefaciente. Hay que considerar cantidad, variedad y pureza de la droga, así como la condición de drogodependiente o consumidor ocasionar de aquel que es el tenedor de la sustancia. Además, se ha considerado las circunstancias de la tenencia acompañada de dinero de naturaleza no justificada, tenencia de instrumentos para distribución, empaquetamiento, pesaje o adulteración de la droga. Por fin, se señaló la necesidad de acreditar a quien es el destinatario de la droga, ya que el tráfico presupone difusión entre terceros.

Más recientemente, la sentencia de 20 abril de 2017 del Tribunal Supremo indica que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla.

Después de la unificación del criterio por la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004¹² deja clara la motivación del juicio en la determinación de que la posesión estaba preordenada al tráfico. Ya que el supuesto en el que se ha acreditado por la prueba directa, por la posesión objetiva de la droga, el elemento del tipo del artículo 368 del Código Penal se ha configurado. Ese particular ha sido reconocido por el acusado y reafirmado por los testigos policiales, bien como por los análisis periciales de la sustancia. El Tribunal Supremo en la Sentencia 650/2013 de mayo declaró que la mera fijación en

¹² STS (Sala de lo Penal) núm. 1087/2004, de 27 de septiembre.

gramos de la cantidad no es criterio bastante para diferenciar la posesión no delictiva de aquella que produce consecuencias penales. Todavía se entendió que hay que incurrir en responsabilidad penal cuando la droga se destina a terceros y no la hay cuando el poseedor la destina a su propio consumo. Por ello, la cantidad por sí misma no tiene la capacidad de distinguir la destinación de las sustancias, sino analizada en cada caso concreto ante el conjunto probatorio e indiciarios que la acompañan.

Imagen 1 - Tabla con cantidad de las sustancias dosis por sustancia

Sustancia Tóxica	Heroína	Cocaína	Haschís	LSD	MDMA	Afetamina	Marihuana
Dosis para consumo diario	0,6 gr 600 mg	1,5 gr	5 gr	0,6 mg	480 mg	0,18 gr 180 mg	20 gr
Dosis Máximas (5 días)	3 gr	7,5 gr	25 gr	3 mg	1.440 gr	900 mgrs	100 gr

4.1. El consumo compartido

La jurisprudencia en España ha consolidado una interpretación que considera no incluidos en el tipo básico del delito de tráfico de drogas lo que ha denominado consumo compartido. Se incluyen en el consumo compartido no sólo los casos de aportación por varios adictos de un fondo común para adquirir la sustancia que luego consumen conjuntamente, sino también la entrega o invitación gratuita de droga a adictos para compartir su consumo inmediato (RIPOLLÉS; SÁNCHEZ, 2012, p. 60).

La conducta de compra compartida, así como las adquisiciones en régimen de comunidad, permuta e invitación mutua al consumo compartido de la droga son consideradas como socialmente aceptadas

(GARCÍA, 2009, p. 42-44). Así, Orts Berenguer (2010, p. 23) explica que es un caso de “compra compartida”, ya que las aportaciones económicas son hechas por un grupo de personas con el objetivo común de adquisición de la droga por una persona para que todos los otros tengan acceso a ella.

Por ello se entiende que hay una ausencia de peligro para la salud pública (bien jurídico protegido). No se incurren en los actos de difusión o favorecimiento a terceros ajenos a la relación, ya que la droga se destina al consumo de un grupo de personas determinadas.

Por eso el Tribunal Supremo¹³ decidió que el consumo compartido es comparable a la atipicidad por consumo propio, por ello no es punible. Se ha mantenido la exclusión de la tipicidad por el consumo compartido con bases en el hecho de que no hay una incitación o promoción del consumo.

Así, el consumo compartido es considerado una conducta colectiva de consumidores en la que las funciones relativas a la adquisición y transporte están ya difundidas entre los miembros de aquel grupo.

El Tribunal Supremo estableció a lo largo de los años los requisitos para que el consumo compartido no suponga un riesgo para el bien jurídico:

1. Adicción – para que no haya un riesgo de implosionarles al consumo, los consumidores que se agrupan para fines del consumo compartido tienen que ser adictos. Aún que sea posible el consumo ocasional¹⁴, es importante la habituación del consumo;
2. Dosis mínima – la cantidad de droga no debe superar aquella que se tiene como dosis media destinada al consumo propio y principio activo de la sustancia. Así, la droga destinada al consumo ha de ser insignificante en el sentido de no suponer dolo de traficar. Cuando la cantidad es superada, la tenencia se supone destinación al tráfico de drogas;

¹³ (STS 1194/2003 de 18 de septiembre; STS 1312/2005 de 13 de noviembre o STS 1441/2000 de 22 de septiembre).

¹⁴ STS n°775/2004 de 14 de junio; STS n°210/2009, de 6 de marzo y STS n°718/2006, de 30 de junio; SAP Alicante, 2ª, n°449/2010, de 7 de junio; SAP Murcia, 3ª, n°64/2010, de 24 de septiembre; SAP Valencia, 5ª, n°728/2010, de 7 de diciembre.

3. Lugar cerrado – el consumo tiene que realizarse en lugar cerrado¹⁵ ya que la droga debe permanecer exclusivamente en el núcleo de personas que participan económicamente de ello. El requisito es importante ya que evita el contacto de terceros desconocidos con la droga y los impide que tengan posibilidad de participar del consumo y distribución.
4. Identificación – los consumidores tienen que ser personas ciertas y determinadas (SANCHEZ; RIPOLLÉS, 2012, p. 62-63).

Como ya resta claro hasta ese punto del trabajo, la simple tenencia para el consumo no es considerada delito, ya que la propia redacción del tipo penal no incluye esa conducta, luego la posesión de drogas para el consumo personal es una conducta penalmente atípica. Puesto que la salud pública es entendida como la suma de las saludes individuales, Joshi Jubert (1999, p. 107) explica que a efectos penales el autoconsumo debe estimarse atípico ya que no pone peligro la salud pública, sino la salud individual. No puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular. Eso porque, el autoconsumo, aunque pueda perjudicar la salud individual, no tiene potencial de poner en riesgo la salud pública por no suponer la difusión entre sujetos inconcretos. O sea, la conducta no es idónea para difundir o propagar el consumo de drogas tóxicas.

Muñoz Sánchez y Díez Ripollés (2012, p. 49-50) sostienen que el tipo penal del artículo 368 del CP presenta una estructura típica de un delito de peligro abstracto-concreto que exige que la acción sea apta o idónea para lesionar el bien jurídico de la salud pública. Por eso, el resultado que se trata de impedir por medio de la tipificación es la difusión de la droga entre terceras personas. Así, no es suficiente que con que la acción sea adecuada para originar un peligro para la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera logrado causar un peligro efectivo para la salud pública.

Por esa misma lógica, el consumo colectivo de drogas, siempre que tiene lugar entre adultos y en la intimidad, pierde su carácter público.

¹⁵ Para la conceptualización de “lugar cerrado” STS n°210/2009, de 6 de marzo; STS n°765/2007, de 21 de septiembre; STS n°718/2006, de 30 de junio; referente a discotecas, SAP Girona, 3ª, 506/2004, de 10 de junio; lugares poco frecuentados, SAP Alicante, 3ª, 697/2007, de 5 de diciembre; bares, STS 718/2006, de 30 de junio; fiestas en carpas, SAP Zaragoza, 3ª, 76/2007, de 26 de noviembre.

Ya que no hay afectación de la salud pública, sólo la salud de individuos concretos que consienten su ingestión. Eso porque el cultivo compartido en un círculo cerrado de personas, previamente singularizadas e identificadas (SÁNCHEZ, 2015, p. 377), unidas por el interés común de consumir droga en condiciones seguras, no configura un riesgo para la salud pública, ya que no se crea un peligro común que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, cuando el consumo colectivo de drogas tiene lugar entre adultos y en la intimidad, pierde su trascendencia pública, no afectando la salud pública, sino la salud de individuos concretos.

Así, hay la posibilidad de un consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo. Aunque se alcance a una colectividad, no es un número indeterminado de personas. No se puede afirmar que sería un comportamiento propio de la oferta de drogas, sino que se trata de comportamientos propios de la demanda, que pretenden que personas deseadas de consumir droga puedan hacerlo sin entrar en contacto con el mercado ilegal. El mismo se da para el cultivo con fines de compartir entre personas mayores y capaces.

4.2. Infracciones administrativas para el uso de drogas

Aún que el consumo de drogas no sea punible en la legislación penal española, hay previsión de sanciones de naturaleza administrativa para la tenencia y consumo en lugares público.

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 1 de febrero de 1992, pasó a considerar infracción de naturaleza grave contra la seguridad ciudadana, el consumo en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes públicos. Además, se sancionaba la tenencia ilícita de las sustancias, aunque no estuviera destinadas al tráfico. También la tolerancia del consumo en establecimientos públicos pasó a ser una infracción administrativa. Esa legislación ha puesto fin a la ausencia de previsión sancionadora de la tenencia y del consumo en el ordenamiento jurídico español.

La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, ratificó que el consumo y la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares públicos es una infracción grave contra la seguridad ciudadana, aunque no sean destinadas al tráfico. El artículo 36.16 de la Ley Orgánica 4/2015 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona:

El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

Esto quiere decir que está prohibido el consumo o la tenencia de cualquier tipo de sustancia en la vía pública, entendiéndose por vía pública cualquier tipo de transporte o establecimiento accesible a cualquier persona.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana tipificó las infracciones en muy graves, graves y leves. El consumo o tenencia de drogas en lugares públicos está clasificado como una infracción grave, así como la plantación y cultivo ilícito de drogas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal. El artículo 39 de la Ley establece que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 601 a 30.000 euros.

Serán infracciones graves (artículo 36):

16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas a tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito.

18. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal.

19. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

Sanciones (Artículo 39, Artículo 43)

De 601 a 30.000 euros por infracciones graves.

Las multas por infracciones graves se dividen en tres tramos, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400 euros;

el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública
- e) El grado de culpabilidad
- g) La capacidad económica del infractor

Como regla general, se impondrá la multa en grado mínimo. Se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de unas de las siguientes circunstancias (Art. 33)

- a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado en resolución firme en vía administrativa.
- c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación. (Abogado delito posesión drogas Málaga).

Para ello se crea en el Ministerio del Interior un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Este registro contendrá:

- a) Datos personales del infractor.
- b) Infracción cometida
- c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda
- d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción
- e) Órgano que haya impuesto la sanción

El tipo de infracción cometida condiciona la imposición de una multa en grado mínimo (entre 601 a 10.400 euros), medio (entre 10.401 a 20.200 euros) o máximo (20.201 a 30.000). La imposición del grado queda a criterio de la Administración pública que deberá considerar una serie de criterios como la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública; el perjuicio causado; la alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento de la población de bienes y servicios; el perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana. Además, hay que considerarse el grado de culpabilidad y

la capacidad económica del infractor de la ley, así como el beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana establece los grados mínimo, medio y máximo para la graduación de las sanciones, orientada por el principio de la proporcionalidad. La regla es que la sanción parte del grado mínimo. Para la sanción con multa en grado medio, deberá acreditarse la concurrencia, al menos de una de las siguientes circunstancias:

1. La reincidencia, por la comisión en el término de 2 años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa
2. La realización de hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación.
3. La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación
4. Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad

La infracción sólo se castigará con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios en cada grado, ya que para la individualización de la multa, se tendrán en cuenta la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública; cuantía del perjuicio causado; trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana; la alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios; el grado de culpabilidad; el beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción; la capacidad económica del infractor.

5. Conclusiones

Este trabajo presentó cómo lo sistema legal español aborda el tema de las drogas dentro de sus respectivas leyes penales y su aplicación en casos concretos, considerando las perspectivas legislativo, doctrinal y

jurisprudencial. En este sentido, se presentó la historia de las legislaciones editadas a lo largo de la historia. El análisis, sin embargo, buscó entender cómo la ley de drogas ha sido influenciada por los tratados internacionales sobre este tema. Desde el principio del siglo XIX han sido identificadas inúmeros textos nacionales e internacionales relativos a las cuestiones de la adicción, así como al tráfico de drogas, con el objetivo de criminalizar y fiscalizar conductas relativas a esa temática.

Aunque la legislación fue influenciada por el modelo prohibicionista y el de tolerancia cero con relación a las drogas, en el caso español, nunca, al largo de la historia, la legislación ha previsto una sanción penal para casos de consumo de drogas y sustancias estupefacientes. Por el contrario, el asunto es tratado por la esfera administrativa imponiendo una multa en casos específicos

En este sentido, la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los tipos penales que involucran delitos de drogas refleja el tema desde la salud pública como el bien protegido, percibiéndola como la salud de toda la comunidad y no de un individuo específico, configurando, así, un delito de peligro que, por la discusión dentro del país europeo, debe ser de peligro abstracto-concreto, como la suma de saludes individuales indeterminadas. Incluso llama atención la centralidad de la pureza de la sustancia estupefaciente para delimitación del potencial de peligro de la droga para la salud pública, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

La descripción de conductas que engloban el tráfico de drogas ha sido muy amplia, considerando que prácticamente cualquier conducta que sea relacionada con las dichas drogas o sustancias estupefacientes trae consigo la comisión de un delito. La expresión del artículo 368 del Código Penal español “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico de drogas”, así como la amplia descripción de conductas en la Ley 11.343/06 en Brasil, revelan la dificultad de los sistemas en establecer un grado de participación, ya que en los dos casos la posesión de droga supone y presume una conducta consumada (de tráfico).

Este escenario, vinculado al silencio de los textos legislativos al presentar criterios que diferencian la posesión para el consumo y para el tráfico, exige la consolidación de interpretaciones judiciales que unifiquen la comprensión en relación con casos concretos, otorgando mayor seguridad jurídica al ciudadano ante el derecho penal.

En España la jurisprudencia ha fijado el análisis de la destinación de la droga al tráfico a partir de criterios de cantidad. La mera posesión

de drogas no constituye un delito de tráfico ya que puede destinarse al consumo. Todavía, el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla.

Por cuenta de esto, la cantidad de drogas es considerada por la jurisprudencia como el punto de partida para que el juicio o tribunal juzgar sobre la destinación de la droga. Así, el Tribunal Supremo utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología el 18 de octubre de 2001 sobre las dosis medias de consumo diario, que se mantiene en su jurisprudencia. El Instituto Nacional de Toxicología mantiene que un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para 5 días. Así, a lo largo de los años, se ha fijado un marco en la jurisprudencia española, ya que presenta criterios para diferenciación del destino de la droga, considerando la cantidad, el consumo diario presunto del consumidor y la cantidad que sea razonable para el consumo de un número indeterminado de días.

Referencias

- BALLESTER, Beltrán. **Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas**. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1990, p. 31.
- BERENGUER, Orts, en AAVV. **Derecho Penal. Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-955-5.
- DE LA CUESTA, Arzamendi. **El marco normativo de la droga en España**. *RGLJ*, n. 3, 1988.
- DE LA CUESTA, Arzamendi. **Política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código Penal**. Cuadernos de Derecho Penal, 1998.
- GAMELLA y JIMENEZ. **A Brief History of Cannabis Policies in Spain (1968–2003)**. *Journal of Drug Issues*, 2004.
- GAMELLA y JIMENEZ. **La Cultura Cannábica en España: La Construcción de una Tradición Ultramoderna**. 2015.
- GARCÍA, Álvarez. **El delito de tráfico de drogas**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- HUIDOBRO, Rey. **El tráfico de drogas**. Tirant lo Blanc. Valencia, 1999.

JUBERT, Joshi. **Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP.** Bosh. 1999.

MENGUEZ, Moyna. **Código Penal. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.** Comentarios y jurisprudencia. Madrid, 1995.

MUÑOZ SANCHÉZ. **La evolución de la política criminal de drogas en España.** Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 2008.

MUÑOZ SANCHÉZ. **“La relevancia penal de los clubes de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial”.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014.

MUÑOZ SANCHÉZ. **“La sustracción del látex de la adormidera en plantaciones autorizadas”.** Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2008.

OLIVARES, Quintero. **El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo, en Drogas:** aspectos jurídicos y médico legales. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1992.

RIPOLLÉS, Díez y SÁNCHEZ, Muñoz. **La licitud de la autoorganización del consumo de drogas.** Jueces para la Democracia n° 75, noviembre 2012.

RIPOLLÉS, Díez. **La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada.** Tirant lo Blanch, 1993.

RIPOLLÉS, Díez. **La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente.** ADPCP, 1987.

RIPOLLÉS, Díez. **Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.** 1989.

RIPOLLÉS, Díez. **Derecho penal. Parte General. En esquemas.** Tirant lo Blanch. 3ª ed. 2011.

ROSA DEL OLMO. **A Face Oculta da Droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SANCHEZ, Acale. **Salud pública y drogas tóxicas.** Tirant lo Blanch, 2002.

SANCHEZ, Aranguéz. **Criterios Del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas.** Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 1-4-1999.

SAZATORNIL, Sequeros. **El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución Normativa, Doctrinal y Jurisprudencial.** La Ley, 2000.

A REINserÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – O QUE NOS FALTA? O QUE PRECISAMOS?

SOCIAL REHABILITATION IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S JURISPRUDENCE – WHAT ARE WE MISSING? WHAT DO WE NEED?

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v6p243-272

Rui Jorge Fonseca Caria
Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Assistente-Convocado na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Data de recebimento: 09/09/2020

Data de aceite: 13/10/2020

Última versão do autor em: 18/11/2020

Área: Criminologia e Política Criminal

Resumo:

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) mostra-se uma fonte crucial para a interpretação do direito da União Europeia e dos princípios a que aderem os Estados-Membros. A cooperação judiciária em matéria penal exige esforços no que diz respeito ao entendimento desses princípios, nomeadamente, aos que estão directamente relacionados com a punição e execução de penas privativas de liberdade. Este estudo explora o conceito de reinserção social na doutrina portuguesa, utilizando-o como instrumento de análise da jurisprudência do TJUE, no sentido de procurar um entendimento comum sobre a reinserção social na União Europeia. Nessa análise, serão salientados os contributos positivos quanto a esse conceito, bem como as insuficiências, acrescentando-se algumas vias de resposta revisitando o pensamento de Alvaro Augusto de Sá e Carl Rogers.

Palavras-Chave:

Cooperação Judiciária em Matéria Penal; Reconhecimento Mútuo; Direito Penal Europeu; Reinserção Social; Criminologia.

Abstract:

The European Court of Justice's Jurisprudence has been a crucial source for the interpretation of European Law and of the principles to which the Member-States adhere. Judicial Cooperation in criminal matters demands a mutual respect and understanding of these principles, mainly, the ones directly concerned with punishment and prison sentence executions. This study explores the concept of social rehabilitation in the Portuguese doctrine, using it as an instrument to analyze the ECJJ's jurisprudence, with the purpose of seeking a mutual understanding regarding social rehabilitation in the European Union. In this analysis, we will highlight the positive contributions of the jurisprudence to this concept, as well as its shortcomings, to which we will add some proposals by revisiting the thought of Alvino Augusto de Sá and Carl Rogers.

Keywords:

Judicial Cooperation; Mutual Recognition; European Criminal Law; Social Rehabilitation; Criminology.

Sumário: 1. Introdução; 2. Doutrina da Reinserção Social; 3. Reinscrção social na jurisprudência do TJUE; 3.1. A reinscrção social e os objectivos dos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal; 3.2. Evitar a dessocialização e promover a não dessocialização (primeiro e segundo objectivos) na jurisprudência do TJUE; 3.3. Socialização (terceiro objectivo) na jurisprudência do TJUE; 4. O que nos falta? O que precisamos?; 5. Conclusão.

1. Introdução

Após os grandes conflitos do séc. XX, a Comunidade Europeia constrói-se como um último refúgio de segurança e integração. Começando como uma comunidade focada na recuperação da estabilidade económica de um continente destruído, as suas metas, à medida que foram sendo cumpridas, cresceram juntamente com os seus ideais, fazendo face a novos desafios e lançando o olhar sobre importantes dimensões do espaço europeu.

Um dos novos desafios que se apresentou à Europa foi a criminalidade organizada internacional potenciada pela globalização e novas tecnologias. A organização do crime faz uso dessas novas circunstâncias e das potencialidades por elas oferecidas, articulando-se em rede, hie-

rarquizando-se, formando alianças estratégicas com considerações pela redução do risco e a necessidade de especialização¹.

Da ascensão dessa nova criminalidade, sobressaiu como evidência a incapacidade dos sistemas penais, individualmente considerados, para responder a esse fenómeno. Tornou-se premente a necessidade de encontrar formas de cooperação numa política criminal comum. A política criminal entrou em processo de “desnacionalização”, ao mesmo tempo que o direito penal entrava em processo de “europeização”².

Com o Tratado de Maastricht, de 1992, a cooperação judiciária penal é integrada no quadro da União Europeia, fazendo prosseguir a política penal europeia na base da cooperação intergovernamental. Surge uma nova dimensão de construção da Europa: a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos (JAI), o terceiro pilar³.

Mais tarde, em 1997, com o Tratado de Amsterdão, cimenta-se como objectivo da Europa a criação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça”. Este surge não apenas como marco da consciência da União, mas como objectivo a ser perseguido e cumprido. A criminalidade deixa de ser uma consideração acessória ao lado da criação e expansão do mercado interno, sendo o seu combate elevado a meta comum, tendo em vista “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça (...)”⁴.

O culminar do processo de construção do espaço de liberdade, segurança e justiça dá-se com o Conselho Europeu de Tampere. Este veio verificar que os Estados-Membros atingiram um tal grau de integração económica e de solidariedade política que é possível a sua confiança mútua no domínio judiciário⁵. Nele se fez do princípio do reconhecimento mútuo a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal.

¹ “O crime internacional adquiriu uma enorme capacidade de diversificação, organizando-se economicamente para explorar campos tão diferentes quanto são o jogo, o proxenetismo e a prostituição, o tráfico de pessoas, de droga, de armas ou de veículos ou o furto de obras de arte (...)”. (CUNHA, Rodrigues. **“Os Senhores do Crime”**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 9, 1999, p. 12 e 13).

² Rodrigues, Anabela. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 27 e 38.

³ O primeiro pilar, comunitário, dirige-se ao Mercado Comum e à Comunidade Europeia; o segundo pilar cobre a política externa e de segurança comum (PESC).

⁴ Art. 29.º Tratado de Amsterdão.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 68.

Estavam consubstanciadas as três vias para a construção do espaço penal europeu: harmonização, tendo em vista um esboço de direito penal europeu; a criação de estruturas policiais e judiciárias europeias, capazes de conseguirem uma abordagem europeia da justiça; o reconhecimento mútuo das decisões penais judiciárias, para fazer do território da União um verdadeiro espaço de segurança e de justiça⁶.

Inerente à ideia do reconhecimento mútuo, como já se viu, está a aproximação entre os Estados quanto aos valores que entendem defender pela via penal. Esta aproximação verifica-se não só através da harmonização, mas também de uma certa identidade axiológica constitucional entre os próprios Estados. Isto é, uma identidade no que toca aos fins das penas e função do direito penal⁷.

Discutir os valores que orientam o direito penal de cada Estado no âmbito da cooperação judiciária será sempre, parece-nos, uma tarefa delicada, pois não esqueçamos a natureza da lei penal como, tradicionalmente, encarnação imediata dos valores e cultura jurídica de um povo, pertencendo, assim, ao núcleo duro da soberania nacional⁸. Contudo, cremos ser uma discussão pertinente, mesmo neste âmbito. Isto, desde logo, pelo facto de os instrumentos de cooperação judiciária levarem a uma “partilha”, ainda que relativa, do *ius puniendi* de cada Estado. Isto é óbvio no que diz respeito ao reconhecimento mútuo de sentenças, em que um Estado irá executar a pena decidida por uma autoridade judiciária de outro, mas pode suceder também com o mandado de detenção europeu (MDE) na circunstância em que o estado de execução recusa obedecer ao mandado para ele próprio executar a pena.

Segue-se, inevitavelmente, a questão de saber de que forma as penas deverão ser executadas no espaço da União, nomeadamente, de que forma se deverá conceber a reinserção social e, em seguida, como esta deverá ser concretizada.

⁶ *Idem*, p. 69.

⁷ “Traditionally, in modern liberal societies, punishment is said to have three functions – retribution, to punish wrongdoers; deterrence, to discourage offenders and the general public from committing future crimes; and rehabilitation, to provide individuals with a chance to reintegrate into society and stop offending”. (WIECZOREK, Irene. “**Punishment, deprivation of liberty and the Europeanization of criminal justice**”. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018, p. 652.)

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 32.

A importância desta questão reside em fazer do espaço de liberdade, segurança e justiça mais do que um espaço onde a punibilidade é inescapável, mas também onde a punibilidade obedece ao princípio da socialidade que cremos residir no ideário europeu. Garantir que a reinserção social está assegurada no âmbito da cooperação judiciária passará, desde logo, por uma interpretação conforme das disposições das Decisões-Quadro que governam os seus instrumentos.

O presente estudo fará uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) respeitante a cooperação judiciária em matéria penal, procurando dela retirar orientações quanto ao conceito de reinserção na União Europeia. O objectivo será elucidar sobre a evolução do tratamento deste conceito no cerne da jurisprudência europeia, se é que, de facto, existe evolução. A metodologia por nós escolhida para alcançar o objectivo proposto passará por analisar e sistematizar os acórdãos em apreço à luz da própria sistematização e critérios da doutrina.

Para tal, começaremos por encontrar o enquadramento dogmático da reinserção social, fazendo um brevíssimo percurso pelas suas origens no sentido de compreender o seu fundamento. Obtida esta compreensão, será necessário, em seguida, olhar para a forma como a doutrina concebe, actualmente, a reinserção social e a sua concretização (se é que se chega à concretização).

Cumprida esta primeira tarefa, seguir-se-á, como planeado na nossa metodologia, a aplicação dos conhecimentos por ela cedidos à jurisprudência do TJUE. Será uma tentativa de ordenar os diferentes casos com base na forma como cada um deles contribui, ou tenta contribuir, para cada um dos aspectos da reinserção social, previamente identificados.

A última tarefa consistirá num exercício de colmatação e reflexão: colmatar as insuficiências – que, desde já, se antecipam – subjacentes à jurisprudência do TJUE quanto ao enriquecimento do conceito de reinserção social visitando, nomeadamente, o pensamento de Alvaro Augusto de Sá; reflexão sobre esse mesmo pensamento e os caminhos que se poderão abrir para a reinserção social no futuro, que poderão, ou não, vir a reflectir-se no labor da jurisprudência e, conseqüentemente, na prática judiciária.

2. Doutrina da Reinserção Social

Ao nos afastarmos do paradigma retributivo assente numa base teológica em que a pena se assume como castigo divinamente ordenado, dirigida contra um mal passado, esta passa a dirigir-se à prevenção

do cometimento de outros crimes, construindo-se nas dimensões de prevenção geral e especial, considerando, desta vez, o futuro.

O pensamento preventivo tem raízes que se estendem no tempo até à Grécia Antiga⁹. Platão, dando vida ao diálogo entre Sócrates e Protágoras, traz-nos a discussão em volta da seguinte questão: pode a virtude ser ensinada? Ao que Protágoras responde afirmativamente¹⁰. No seu argumento, considera a punição de um delinquente como prova da crença de que o bem pode ser ensinado:

Punishment is not inflicted by a rational man for the sake of the crime that has been committed (after all one cannot undo what is past), but for the sake of the future, to prevent either the same man or, by the spectacle of his punishment, someone else, from doing wrong again¹¹.

Assumindo-se a pena privativa da liberdade como *ultima ratio* da política criminal, caberá construí-la com atenção a dois aspectos particulares: reconformação da pena de prisão no sentido de se minimizar o seu efeito negativo e criminógeno e outorgar-lhe, em contrapartida, um sentido positivo, prospectivo e socializador; limitação da aplicação concreta da prisão, preconizando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais¹².

⁹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Volume I. Coimbra: Almedina, 1968, p. 42.

¹⁰ Na obra de Platão, Protágoras relata o mito de como a humanidade veio a adquirir esta capacidade de aprender a virtude. Quando os deuses criaram os mortais, a tarefa de os equipar com as qualidades necessárias à sua sobrevivência foi incumbida a Prometeu e Epimeteu. Combinaram entre si que este faria a distribuição das qualidades e, no final, aquele faria a revisão. Devido à sua ingenuidade, Epimeteu gastou todas as qualidades disponíveis nas bestas, deixando a humanidade desprotegido e desarmado. Foi então que Prometeu roubou a Atena a habilidade nas artes, e a Hefesto o fogo, oferecendo ambos à humanidade. Por isto, Prometeu foi castigado. Sucedeu que, apesar das oferendas de prometeu, os humanos não conseguiam criar cidades. Entravam em conflito uns com os outros, vivendo em grupos dispersos pelo mundo, iam sendo devorados pelas bestas. Foi então que Zeus, receoso que a humanidade percesse, ordenou a Hermes, o mensageiro dos deuses que lhes levasse as qualidades de respeito uns pelos outros e o sentido de justiça. Hermes perguntou a Zeus como deveria distribuir estas qualidades, ao que Zeus respondeu: a todos. Zeus entendia que nunca poderia haver cidades se cada um dos seres humanos não tivesse estas duas qualidades. Decretou então como lei que alguém que não conseguisse adquirir estas duas qualidades seria condenado à morte. (Platão, *Protágoras and Meno*, Penguin Books, 1985, § 320c e ss., p. 52 e ss.)

¹¹ *Idem*, § 334, p. 55 e 56.

¹² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização – jurisdicionalização – consensualismo

No que diz respeito ao sentido socializador da pena privativa de liberdade, não lhe são estranhas as críticas de um utilitarismo abusivo que procura fazer equivaler a socialização a uma invasão da dignidade da pessoa humana. Numa defesa singular contra estas críticas Anabela Miranda Rodrigues sublinha como estão, hoje, de larga forma ultrapassadas, na medida em que a dignidade da pessoa não se opõe a uma legitimação utilitarista da intervenção punitiva estadual, pois os critérios de utilidade aparecem em relação dialética com as garantias formais e materiais que intervêm na autolimitação do Estado¹³.

Esse equilíbrio resulta, e é em certa medida garantido, pelo princípio da socialidade, incumbindo ao Estado um dever de ajuda e de solidariedade para com os membros da comunidade que se encontrem em especial estado de necessidade, como é o caso do recluso. Este dever traduz-se em oferecer-lhe o máximo de condições para prosseguir a vida sem que pratique crimes, por essa forma prevenindo a reincidência¹⁴.

É importante ter em conta que o sentido socializador da execução da pena de prisão não decorre apenas da doutrina penal dos fins das penas, nem apenas da organização legal do regime penitenciário, mas também tem imanência constitucional do princípio do Estado de direito social acolhido pela Constituição da República Portuguesa (CRP) nos seus artigos 1.º, 2.º, e 9.º, d)¹⁵.

Mas, em que consiste, afinal, a reinserção social? De que forma deve ser levada a cabo ao nível da execução da pena privativa da liberdade?

Assente no paradigma descrito, a execução da pena privativa da liberdade, terá de ter em conta os seguintes objetivos: evitar a dessocia-

e prisão – projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 31.

¹³ *Idem*, p. 35.

¹⁴ *Idem*, p. 38 e ANTUNES, Maria João. **Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 26.

¹⁵ O princípio da socialização dos condenados, ou princípio da socialidade, pode retirar-se “a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1), da caracterização da República Portuguesa como um Estado de direito democrático que visa a realização da democracia social (artigo 2.º), da tarefa fundamental do Estado de promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e da igualdade real entre os portugueses (artigo 9.º, alínea d)), do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1) e da proibição de penas e de medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade de natureza perpétua (artigo 30.º, n.º 1)”. (ANTUNES, Maria João. **Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 26.)

lização do recluso¹⁶ (respeito pela liberdade de consciência do recluso); promover a não dessocialização do recluso¹⁷ (realização positiva dos direitos fundamentais do recluso); socialização (obrigação constitucional de intervenção social do Estado).

Numa síntese prospetiva, Anabela Miranda Rodrigues afirma que o princípio de socialização que hoje preside à execução da pena de prisão deve ser *renovado e aprofundado*. Em parte, este estudo procura encontrar na jurisprudência do TJUE uma reflexão desta esperança. Como órgão que auxilia os Estados-Membros na interpretação do direito comunitário, este poderá oferecer orientações no sentido de uma aplicação que renove e aprofunde o princípio da socialização.

Atualmente, observa-se em curso uma tentativa de definição de uma política criminal comum ao âmbito dos países da União Europeia. Partimos da visão de Figueiredo Dias:

Se entre estes países existe uma razoável uniformidade quanto aos princípios jurídico-constitucionais básicos; e se tais países se constituem progressivamente também numa «comunidade ética», sem a qual se não torna viável uma qualquer política comum – então uma tal tentativa não estará de antemão condenada ao fracasso.

Contudo, acrescenta o autor:

Seria irrealista, em todo o caso, tentar já neste momento um acordo quanto ao essencial do modelo político-criminal a adoptar; o mais que é lícito esperar (e precisamente nisso se trabalha) é lograr-se uma uniformização dos princípios directores que resultam da (ou são suportados pela) estrutura jurídico-constitucional respectiva¹⁸.

É esta última tarefa, de uniformização dos princípios directores, que cremos caber, parcialmente, ao TJUE na medida em que oferece orientações quanto à interpretação do direito comunitário que se

¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária:** estatuto jurídico do recluso e socialização – jurisdicionalização – consensualismo e prisão – projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 47.

¹⁷ *Idem*, p. 51.

¹⁸ DIAS, Figueiredo. **Direito Penal:** Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 71.

traduzirão, eventualmente, em concretizações uniformizadoras de princípios directores.

3. Reinserção social na jurisprudência do TJUE

3.1. A reinserção social e os objectivos dos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal

Como já se enunciou, presente desde os tempos antigos nos teólogos, filósofos ou teóricos, a ideia de que uma pena deve ter uma função de reinserção do condenado é hoje um princípio partilhado e afirmado por todos os direitos modernos, designadamente os dos Estados-Membros¹⁹ da União Europeia.

Vários instrumentos internacionais têm adoptado este entendimento. O Conselho da Europa adoptou, em 2006, uma recomendação relativa às regras penitenciárias europeias que dispõe que “cada detenção é gerida de maneira a facilitar a reintegração das pessoas privadas de liberdade na sociedade livre”. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e assinado em Nova Iorque, em 16 de Dezembro de 1966, também dispõe, no artigo 10.º, que o “regime penitenciário comportará tratamento dos reclusos cujo fim essencial é a sua emenda e a sua recuperação social”.

Quanto aos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal, nomeadamente a Decisão Quadro 2002/584 e a Decisão-Quadro 2008/909, apesar de terem objectivos distintos, encontram alguma identidade no que toca ao objectivo da reinserção social.

A Decisão Quadro 2002/584 visa a transferência forçada de um Estado-Membro para outro de uma pessoa sujeita a procedimento penal, condenada em fuga ou cujo paradeiro se ignora, existindo receio de que tente evadir-se das consequências dos seus actos. Assim, o objectivo do instrumento é evitar que a pessoa goze de imunidade devido a um afastamento geográfico.

Por seu turno, a Decisão-Quadro 2008/909 não tem como preocupação principal o delinquentes em fuga e a organização da sua transferência forçada. O seu objectivo passa por estabelecer um sistema harmonizado de execução das decisões judiciais dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça, para assegurar um modo de execução

¹⁹ Veja-se, desde logo, o artigo 2.º do nosso Código de Execução de Penas e Medidas de Segurança.

tradicional das decisões de condenação, favorecendo a reinserção social da pessoa condenada. Assim permitirá à pessoa cumprir a sua pena, ou o resto dela, no seu meio social de origem.

Não quero isto dizer que os respectivos objectivos das Decisões-Quadro sejam estanques. À Decisão-Quadro 2002/584 estão igualmente subjacentes considerações de reinserção social do condenado. Estas emanam, nomeadamente, do ponto 6 do seu artigo 4º. Nele, se prevê como motivo de não execução facultativa do mandado de detenção europeu a circunstância de o mandado de detenção europeu ter sido emitido

para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, quando a pessoa procurada se encontrar no Estado-Membro de execução, for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional.

Essa disposição está intimamente ligada a considerações de reinserção social do condenado. Entendimento este que resulta expressamente da jurisprudência do TJUE, como, em seguida, iremos ver.

Há que notar, contudo, a discussão que se tem gerado em volta dos instrumentos de cooperação: se estes, cumprindo as finalidades punitivas a que se propõem, respeitam os limites dessas mesmas finalidades. No que diz respeito ao Mandado de Detenção Europeu (MDE), ressalta o conflito entre garantir a punibilidade e garantir o respeito pelos direitos fundamentais; quanto ao reconhecimento mútuo de sentenças, a DQ tem sido criticada por não garantir a reinserção social, servindo, ao invés, como um mecanismo utilizado abusivamente pelos Estados para “deportar” os seus condenados, resolvendo, assim, problemas de excesso de população carcerária²⁰.

3.2. Evitar a dessocialização e promover a não dessocialização (primeiro e segundo objectivos) na jurisprudência do TJUE

O primeiro conjunto de casos que iremos analisar, no que diz respeito à sistematização das dimensões da reinserção social a concretizar

²⁰ “Whether these EU instruments effectively pursue the different functions of punishment while remaining within the relevant limits has, however, been the object of debate”, Irene Wiczorek, “**EU constitutional limits to the Europeanization of punishment: A case study on offenders’ rehabilitation**”, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018, p. 656 e 657.

na execução da pena, inserem-se nos dois primeiros objectivos, *i.e.*, evitar a dessocialização e promover a não dessocialização. Isto porque incidem, sobretudo, como iremos ver, sobre as condições de detenção.

O Acórdão F. começa por estabelecer que o objectivo de criação do espaço de liberdade, segurança e justiça, através da facilitação e aceleração da cooperação judiciária, deve obediência à Carta dos Direitos Fundamentais²¹:

Como precisado no primeiro parágrafo do seu considerando 12, respeita igualmente os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos pelo artigo 6.º do Tratado UE e consignados na Carta, nomeadamente no seu capítulo VI, relativamente à pessoa que é objeto de um mandado de detenção europeu.²²

Os artigos 1.º e 4.º da Carta e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) consagram um dos valores fundamentais da União e dos seus Estados-Membros: a proibição das penas e tratamentos desumanos ou degradantes. No entendimento manifestado no Acórdão *Generalstaatsanwaltschafts*, os maus tratos, para integrarem o âmbito do artigo 3.º da CEDH, devem atingir um nível mínimo de gravidade, que depende do conjunto dos fatores do caso, designadamente da duração da situação e dos seus efeitos físicos ou psíquicos, bem como, por vezes, do sexo, da idade e do estado de saúde da vítima²³.

A defesa destes é seminalmente defendida no Acórdão *Aranyosi e Căldăraru*, no qual nos iremos, por agora, concentrar. Esta decisão começa por oferecer o entendimento de que quando a autoridade judiciária do Estado-Membro de execução dispõe de elementos que

²¹ Adiante designada por Carta.

²² EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (2ª Secção), *Jeremy F. contra Premier Ministre*, 30 de maio de 2013, C-168/13 PPU que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.o TFUE, apresentado pelo Conseil constitutionnel (França), por decisão de 4 de abril de 2013, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de abril de 2013, § 41.

²³ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (1ª Secção), *Generalstaatsanwaltschaft*, 25 de julho de 2018, C-220/18 PPU que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.o TFUE, apresentado pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Tribunal Regional Superior de Bremen, Alemanha), por Decisão de 27 de março de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça nesse mesmo dia, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu, § 91.

comprovem um risco real de trato desumano ou degradante das pessoas detidas no Estado-Membro de emissão, à luz do padrão de proteção dos direitos fundamentais garantido pelo direito da União – e, em especial, do artigo 4.º da Carta –, deve apreciar a existência desse risco no momento de decidir sobre a entrega às autoridades do Estado-Membro de emissão da pessoa a que o mandado de detenção europeu diz respeito. Com efeito, a execução desse mandado não pode conduzir a um trato desumano ou degradante dessa pessoa²⁴.

Para garantir que assim seja, a autoridade judiciária de execução deve basear-se em elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados quanto às condições de detenção que prevalecem no Estado-Membro de emissão e que demonstram a realidade das deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção²⁵. Estes elementos poderão resultar de uma variedade de fontes: decisões judiciais internacionais; acórdãos do TEDH; decisões judiciais do Estado-Membro de emissão; decisões, relatórios e outros documentos elaborados pelos órgãos do Conselho da Europa ou pertencentes ao sistema das Nações Unidas²⁶.

Em nosso ver, o derradeiro passo deste acórdão está em ter aberto a interpretação do conceito de condições de detenção, não só à jurisprudência do TEDH, como a uma pluralidade de jurisprudência e documentos internacionais de fontes diversas. O TEDH é particularmente apto a criar nas suas decisões orientações importantes para o respeito do artigo 3º da CEDH, como já tem feito. Significa isto que a jurisprudência do TJUE poderá ir bebendo do pensamento de um tribunal focado na proteção dos direitos humanos, fazendo-o refletir-se na interpretação da lei comunitária que deverá ser levada a cabo pelos Estados-Membros.

²⁴ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), *Aranyosi e Căldăraru*, 5 de abril de 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, que têm por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.o TFUE, pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Tribunal Regional Superior de Bremen, Alemanha), por decisões de 23 de julho e 8 de dezembro de 2015, que deram entrada no Tribunal de Justiça, respetivamente, em 24 de julho e 9 de dezembro de 2015, nos processos relativos à execução de mandados de detenção europeus, § 88.

²⁵ *Idem*, § 89.

²⁶ *Ibidem*, § 89.

Tal como fez no Acórdão agora em apreço:

A este respeito, resulta da jurisprudência do TEDH que o artigo 3.º da CEDH impõe às autoridades do Estado em cujo território tem lugar uma detenção uma obrigação positiva que consiste em garantir que qualquer prisioneiro é detido em condições que garantam o respeito da dignidade humana, que as modalidades de execução da medida não sujeitam a pessoa em causa a uma situação de desespero ou a dificuldades de uma intensidade que exceda o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e que, tendo em conta as exigências práticas da prisão, a saúde e o bem-estar do prisioneiro sejam garantidos de maneira adequada.²⁷

A mera constatação da existência de um risco real de trato desumano ou degradante em razão das condições gerais de detenção no Estado-Membro de emissão não é, contudo, suficiente para fundamentar a recusa da execução do mandado de detenção europeu. Para além da existência de um risco, é ainda necessária que a autoridade judiciária de execução aprecie, de maneira concreta e precisa, se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa em causa correrá esse risco em razão das condições de detenção²⁸.

Louvamos o discurso do Acórdão a este respeito, ao focar a problemática das condições de detenção em cada indivíduo de cada caso concreto. Assim se oferece especial atenção às particularidades de cada condenação, devendo a autoridade judiciária do Estado de execução, fazendo uso do artigo 15.º, n.º 2, da decisão-quadro, para pedir à autoridade judiciária do Estado de emissão o fornecimento de todas as informações complementares necessárias sobre as condições de detenção que se prevê aplicar à detenção da pessoa em causa. É uma preocupação que podemos considerar como uma concretização do princípio da individualização da pena na dimensão das condições de detenção no espaço da União.

Na sequência desta decisão, o TJUE tem vindo a especificar com maior clareza as condições que devem presidir a uma detenção respeitadora da proibição de penas e tratamentos desumanos ou degradantes. O Acórdão Dorobantu²⁹ é um exemplo disso. A problemática central

²⁷ *Idem*, § 90.

²⁸ *Idem*, § 92.

²⁹ “Em 12 de agosto de 2016, o Judecătoria Medgidia (Tribunal de Primeira Instância de Medgidia) emitiu um mandado de detenção europeu contra D-T. Dorobantu, cidadão romeno,

do caso é a dimensão da cela a que o condenado será confinado³⁰. Para decidir a questão, e avançar com uma interpretação conforme ao artigo 3.º da CEDH, mais uma vez, o TJUE apoiou a sua decisão na jurisprudência do TEDH.

Este declarou que o facto de o espaço pessoal de que um detido dispõe ser inferior a 3 m² numa cela coletiva gera uma «forte presunção» de violação do artigo 3.º da CEDH, podendo esta presunção ser ilidida se as reduções do espaço pessoal em relação ao mínimo exigido de 3 m² forem breves, ocasionais e menores, se forem acompanhadas de uma liberdade de circulação suficiente fora da cela e de atividades adequadas fora da cela, se o detido for encarcerado num estabelecimento que ofereça, de modo geral, condições de detenção decentes e se este não for sujeito a outros elementos considerados circunstâncias agravantes das más condições de detenção³¹.

para efeitos de exercício de ação penal por factos constitutivos de crimes contra a propriedade, bem como de falsificação de documentos ou uso de documentos falsos (a seguir designado «mandado de detenção europeu de 12 de agosto de 2016»)», EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), Dumitru-Tudor Dorobantu, 15 de outubro de 2019, C-128/18 que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo, Alemanha), por Decisão de 8 de fevereiro de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 16 de fevereiro de 2018, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu, § 19.

³⁰ No caso do Sr. Dorobantu: “A este respeito, o Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo) teve em conta a informação segundo a qual D-T. Dorobantu ficaria detido, no quadro da sua prisão preventiva durante o seu processo, em celas para quatro pessoas com uma superfície de, respetivamente, 12,30 m, de 12,67 m ou de 13,50 m, ou em celas para dez pessoas com uma superfície de 36,25 m². Caso D-T. Dorobantu fosse condenado a uma pena privativa de liberdade, ficara preso, num primeiro momento, num estabelecimento penitenciário no qual cada detido dispõe de uma superfície de 3 m², depois, num segundo momento, nas mesmas condições caso fosse submetido a um regime de privação efetiva de liberdade ou, caso lhe fosse aplicado o regime aberto ou semiaberto, numa cela com uma superfície de 2 m² por pessoa”. (EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), Dumitru-Tudor Dorobantu, 15 de outubro de 2019, C-128/18 que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior Hanseático de Hamburgo, Alemanha), por Decisão de 8 de fevereiro de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 16 de fevereiro de 2018, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu, § 24.)

³¹ *Idem*, § 31.

Contudo, o Tribunal admite que esta presunção pode ser ilidida. Em primeiro lugar, se as reduções do espaço pessoal em relação ao mínimo exigido forem breves, ocasionais e insignificantes; em segundo lugar, se forem acompanhadas de uma liberdade de circulação suficiente fora da cela e de atividades fora da cela adequadas; em terceiro lugar, se o estabelecimento oferecer de um modo geral condições de detenção decentes e a pessoa em causa não for submetida a outros elementos considerados circunstâncias agravantes de más condições de detenção³².

Pelo contrário, pode concluir-se pela existência de uma violação do artigo 3.º da CEDH se a falta de espaço, ou até mesmo em casos de satisfação do espaço exigido, for acompanhada de outras más condições materiais de detenção, nomeadamente de falta de acesso ao pátio ou ao ar e à luz naturais, má ventilação, temperaturas insuficientes ou excessivamente elevadas nas instalações, falta de privacidade nas casas de banho ou más condições sanitárias e higiénicas³³.

Da análise desse Acórdão, bem como dos que o antecedem, conclui-se por uma evidente preocupação do TJUE com as condições de detenção e, portanto, em evitar a dessocialização e promover a não dessocialização. O que louvamos. O Tribunal vai ao pormenor de esclarecer que no cálculo da superfície disponível na cela, não deverá ser tida em conta a superfície ocupada pelos sanitários, mas deverá incluir-se o espaço ocupado pelos móveis³⁴.

Em seguida, iremos debruçar-nos sobre outro conjunto de decisões, com o objectivo de perceber se o Tribunal vai igualmente longe no que toca à socialização.

3.3. Socialização (terceiro objectivo) na jurisprudência do TJUE

O TJUE invocou o objetivo da reinserção social, no seio da execução do mandado de detenção europeu, já em 2008, no Acórdão Kozłowski. A respeito dos motivos de não execução facultativa do mandado de detenção europeu, nomeadamente do art. 4.º, n.º 6, esclareceu que existe o objectivo, de permitir que a autoridade judiciária de execução dê especial importância à possibilidade de aumentar as oportunidades

³² *Idem*, § 71.

³³ *Idem*, § 75.

³⁴ *Idem*, § 77.

de reinserção social da pessoa procurada após o cumprimento da pena em que foi condenada³⁵.

O Advogado-Geral Yves Bot, nas suas conclusões, esclarece que, apesar de este objectivo não ser expressamente mencionado na Decisão-Quadro, figurava expressamente na proposta apresentada pela Comissão das Comunidades Europeias, que propunha que, no capítulo consagrado aos motivos de recusa da entrega, fosse inserido um artigo 33.º, com a epígrafe “Princípio da reinserção”³⁶. Independentemente da sua diferenciação da proposta, o artigo 4.º, n.º 6, conserva, em grande parte, o seu teor e parece prosseguir efectivamente o mesmo objectivo: facilitar a reinserção da pessoa condenada³⁷.

Nesse Acórdão, assume-se na jurisprudência do TJUE a existência do princípio da reinserção, decorrente das próprias disposições da Decisão-Quadro. A sua importância reside, no entendimento de Yves Bot, na prevenção de aplicação do mandado de detenção europeu em detrimento da reinserção da pessoa condenada e, portanto, do interesse legítimo de todos os Estados-Membros na prevenção da criminalidade, que este motivo de não execução visa proteger³⁸.

Estabelecida pela jurisprudência a ideia e princípio da reinserção no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, o passo seguinte passaria pela sua concretização. Mais tarde, em 2009, o Acórdão Wolzenburg vem contribuir com a ideia de integração. Relaciona-a com o objetivo de reinserção, referindo ser legítimo que o Estado-Membro

³⁵ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), *Szymon Kozłowski*, 17 de Julho de 2008, C-66/08, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 35.º UE, apresentado pelo *Oberlandesgericht Stuttgart* (Alemanha), por decisão de 14 de Fevereiro de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 18 de Fevereiro de 2008, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu, § 45.

³⁶ O princípio teria a seguinte redacção: “A execução de um mandado de captura europeu contra uma pessoa procurada pode ser recusada se esta tiver maiores possibilidades de reinserção no Estado-Membro de execução e se der o seu consentimento ao cumprimento da pena neste Estado-Membro. Neste caso, a pena aplicada no Estado-Membro de emissão será cumprida no Estado-Membro de execução em conformidade com o direito deste último, mas não pode ser substituída por uma sanção prevista pelo direito do Estado-Membro de execução para a mesma infracção”. (Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, 28 de abril de 2008, Processo C-66/08, Kozłowski).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

de execução apenas prossiga tal objectivo relativamente às pessoas que tenham demonstrado um grau de integração real na sociedade do referido Estado-Membro³⁹.

Este Acórdão, localiza a integração do agente no espaço do Estado-Membro de execução, apelando à importância desta para a concretização do objectivo da reinserção. Nomeadamente, introduz a ideia de um “grau de integração real na sociedade”, a qual deverá ser objecto de juízo por parte da autoridade judiciária de execução⁴⁰.

Surge, como marco a assinalar, no que toca ao conceito de reinserção social na União Europeia, o Acórdão Tsakouridis, em 2010. Nele se avança a ideia de que a reinserção social é do interesse não só do condenado, e do país onde este cumprirá a pena, mas também de toda a União Europeia: “(...) o risco de comprometer a reinserção social do cidadão da União no Estado em que está verdadeiramente integrado, a qual é no interesse não apenas deste último, mas igualmente da União Europeia em geral⁴¹, como o advogado-geral sublinhou no n.º 95 das suas conclusões”⁴².

Mais uma vez, as conclusões do Advogado-Geral Yves Bot vêm complementar as considerações do Tribunal. Constrói, de forma ino-

³⁹ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), *Dominic Wölzenburg*, 6 de outubro de 2009, C-123/08 que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos dos artigos 35.º UE e 234.º CE, apresentado pelo Rechtbank Amsterdam (Países Baixos), por decisão de 28 de Dezembro de 2007, entrada no Tribunal de Justiça em 21 de Março de 2008, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu.

⁴⁰ Contudo, há que sublinhar a delicadeza deste juízo, pois nem sempre o facto de o agente estar próximo da família equivale a um contributo para a sua reinserção social. Neste sentido: “*Rather than helping reintegration, family background might be the reason why the person re-lapses into crime. Finally, the convicting state might have better structures and resources to finance reintegration. In this case, serving the sentence in the convicting state might better serve the rehabilitation of the foreign citizen. Briefly, transfers might help offenders, but a case-by-case analysis should always be carried out*”, Irene Wieczorek, “Punishment, deprivation of liberty and the Europeanization of criminal justice”, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25(6), 2018, p. 659. A sensibilidade da questão é agravada quando, ajuizando se a família do agente não é, em si, um elemento criminógeno, se adiciona à equação o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: respeito pela vida privada e familiar.

⁴¹ Destaque nosso.

⁴² EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), *Tsakouridis*, 23 de novembro 2010, C-145/09, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg* (Alemanha), por decisão de 9 de Abril de 2009, entrado no Tribunal de Justiça em 24 de Abril de 2009.

vadora, uma obrigação de definição negativa da reinserção social por parte do Estado que invoca o afastamento: “Em minha opinião, essa autoridade, quando adopta uma decisão de afastamento de um cidadão da União após a execução da sua pena, deve especificar como é que essa decisão não afecta a reinserção do delincente”^{43/44}. O Advogado-Geral sublinha ainda a associação da individualização da pena à reinserção social, devendo aquela ser tida em conta para a realização desta⁴⁵.

As ideias que se avançaram nos acórdãos anteriormente enunciados vieram a ser acolhidas na jurisprudência mais recentes. No Acórdão Lopes da Silva, de 2012, repetem-se os ensinamentos dos Acórdãos Kozlowski e Wolzenburg, enunciado, já de forma mais concreta elementos capazes de caracterizar a integração da pessoa na sociedade: “(...) incumbirá a esse órgão jurisdicional examinar se, no processo principal, existem entre a pessoa procurada e o Estado-Membro de execução, com base numa apreciação global dos elementos objetivos que caracterizam a situação dessa pessoa, laços suficientes, nomeadamente familiares, económicos e sociais, suscetíveis de demonstrar a sua integração na sociedade do referido Estado de forma que se encontre efetivamente numa situação comparável à de um nacional”⁴⁶.

Já o Acórdão B e Vomero, ainda mais recentemente, em 2018, vem reiterar a ideia veiculada pelo Acórdão Tsakouridis de que a reinserção do condenado é do interesse de todos os cidadãos da união: “A este respeito, importa, de resto, ter em conta que, como o Tribunal de Justiça

⁴³ Destaque nosso.

⁴⁴ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, 8 de junho de 2010, Processo C-145/09, *Tsakouridis*.

⁴⁵ “Essa medida, que está associada à individualização da pena da qual constitui um prolongamento, parece-me ser a única susceptível de salvaguardar os interesses do indivíduo em causa, tal como o interesse da União em geral. Com efeito, mesmo expulso de um Estado-Membro e proibido de aí regressar, o delincente libertado, como cidadão da União, poderá utilizar a sua liberdade de circulação nos outros Estados-Membros. É, pois, de interesse geral que as condições da sua libertação sejam susceptíveis de o afastar da delinquência e, em qualquer caso, não corram o risco de o precipitar novamente nela”, Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, 8 de junho de 2010, Processo C-145/09, *Tsakouridis*.

⁴⁶ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), Lopes da Silva, 5 de maio de 2012, Processo C-42/11 que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pela *cour d'appel d'Amiens* (França), por decisão de 18 de janeiro de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 31 de janeiro de 2011, no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu.

já declarou, a reinserção social do cidadão da União no Estado em que está verdadeiramente integrado é no interesse não apenas deste último mas igualmente da União Europeia em geral”⁴⁷.

No mesmo ano, surge o Acórdão Marin-Simion Sut, em nosso ver, fundamental para a discussão em torno do conceito de reinserção social. Em junho de 2011, Marin-Simion Sut, cidadão romeno, foi condenado pelo Tribunal de Primeira Instância de Carei, Roménia, numa pena privativa de liberdade de um ano e dois meses por ter conduzido um veículo sem matrícula validada e sem ser detentor de um título de condução válido e ter causado um acidente. Em agosto desse ano, as autoridades romenas emitiram um mandado de detenção europeu contra Sut destinado à sua entrega para feitos da execução da sentença.

Em 2015, este deslocou-se à Bélgica, onde vivia desde então e exercia uma atividade independente com a sua mulher. Em 2017 o Procurador do Tribunal de Primeira Instância de Liège, Bélgica, pediu a entrega de Sut tendo em vista a execução do mandado de detenção europeu. Este recusou consentir na entrega pedida, requerendo que a pena fosse executada na Bélgica.

A execução do mandado de detenção europeu foi ordenada pelo Tribunal de Primeira Instância de Liège. Sut interpôs recurso do despacho que ordenou a execução, com base no artigo 6.º, ponto 4, da lei belga relativa ao mandado de detenção europeu, que transpõe para o direito belga o artigo 4.º, ponto 6, da Decisão-Quadro 2002/584.

A este respeito, o órgão jurisdicional salienta que as infrações punidas pela Roménia com uma pena privativa da liberdade, são punidas apenas com pena de multa na Bélgica. O Ministério Público belga considerou não se poder invocar o motivo de recusa nos termos indicados.

Resultam da referida disposição dois requisitos para a aplicação do motivo de não execução facultativa: por um lado, que a pessoa procurada se encontre no Estado-Membro de execução, seja sua nacional

⁴⁷ EUROPA, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), *B e Vömero*, 17 de abril de 2018, Processos apensos C-316/16 e C-424/16 que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg* (Tribunal Administrativo Superior do Land de Bade-Vurtemberg, Alemanha) e pelo *Supreme Court of the United Kingdom* (Supremo Tribunal do Reino Unido), por decisões, respetivamente, de 27 de abril e 27 de julho de 2016, que deram entrada no Tribunal de Justiça em 3 de junho e 1 de agosto de 2016.

ou residente; por outro lado, que o Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional.

Só quando a autoridade judiciária de execução concluir que estes dois requisitos estão preenchidos é que deve verificar se existe um interesse legítimo que justifique que a pena aplicada no Estado-Membro de emissão seja executada no território do Esta-Membro de Execução, *i.e.*, a reinserção social do condenado (no entendimento do Acórdão Kozłowski).

A problemática do caso reside na satisfação do segundo requisito, ou seja, na execução da pena privativa de liberdade decretada contra a pessoa procurada, de onde resulta que qualquer recusa de execução de um mandado de detenção europeu deve ser precedida da verificação, pela autoridade judiciária de execução, da possibilidade de executar realmente a pena privativa de liberdade de acordo com o seu direito nacional. O órgão jurisdicional de reenvio concluiu que as infrações que estão na base do mandado de detenção europeu não eram puníveis na Bélgica com uma pena privativa de liberdade, mas, sim, com pena de multa, determinando, assim, a impossibilidade de o Reino da Bélgica se comprometer a executar a pena nos termos do seu direito nacional.

O Tribunal aborda a questão salientando quatro observações. Em primeiro lugar, observa que a disposição em causa não contém nenhum elemento que permita interpretar o segundo requisito no sentido da recusa pelo facto do Estado-Membro apenas prever uma pena de multa para a infração que está na base do mandado.

Em segundo lugar, recorda que os Estados-Membros dispõem necessariamente, ao dar execução e essa disposição, de uma certa margem de apreciação. Na linha do Acórdão Wolzenburg, o legislador nacional que faça uso dessa possibilidade para limitar as situações em que a autoridade judiciária de execução nacional pode recusar entregar uma pessoa procurada, mais não faz do que reforçar o sistema de entrega instituído pela decisão-quadro a favor de um espaço de liberdade, segurança e justiça. Desta forma, igualmente, facilita a entrega das pessoas procuradas, em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo consagrado no artigo 1.º, ponto 2, da Decisão-Quadro.

Relativamente a esta interpretação, o Tribunal admite que um Estado-Membro pode aplicar o motivo de não execução facultativa do artigo 4.º, ponto 6, prevendo que, no caso de a infração que está na

base do mandado de detenção europeu apenas ser punível nesse Estado com pena de multa, este não se pode comprometer a executar a pena privativa de liberdade.

Ao lermos este entendimento no Acórdão, por momentos, quisemos acreditar que este optaria por uma solução inovadora para o problema que tinha perante si. Que fosse, nomeadamente, ao encontro do cumprimento do objectivo da reinserção social.

O que se seguiu foi exactamente o contrário. O Tribunal tomou a seguinte posição:

(...) embora o motivo de não execução facultativa enunciado no artigo 4.º, ponto 6, da Decisão-Quadro 2002/584 tenha designadamente por objetivo permitir dar especial relevância à possibilidade de aumentar as oportunidades de reinserção social da pessoa procurada no fim da pena a que foi condenada, tal objetivo, por mais importante que seja, não pode excluir que os Estados-Membros, ao darem execução a esta decisão-quadro, limitem, no sentido indicado pela regra essencial enunciada no artigo 1.º, n.º 2, desta, as situações em que deveria ser possível recusar a entrega de uma pessoa abrangida pelo âmbito de aplicação do referido artigo 4.º, ponto 6.

Nas considerações do Tribunal, o risco de impunidade e, portanto, a execução efetiva da pena privativa da liberdade, tomam precedência sobre a facilitação da reinserção social da pessoa procurada.

A este respeito, e como última observação, o Tribunal nota que nenhuma disposição da Decisão-Quadro 2008/909 pode afetar o alcance ou as modalidades de aplicação do motivo de não execução facultativa estabelecido no artigo 4.º, ponto 6, da Decisão-Quadro 2002/584.

Com base nos fundamentos indicados, o Tribunal, na sua decisão, admite a interpretação da disposição no sentido de que a recusa poderá ser feita nas condições do caso, desde que, em conformidade com o direito nacional, a circunstância da consagração da pena de multa não obste a que a pena privativa de liberdade de liberdade aplicada à pessoa procurada seja efetivamente executada nesse Estado-Membro.

Desse Acórdão, e sua fundamentação, surge um claro conflito. Nele, faz-se uma ponderação entre o objetivo da reinserção social, mais próximo dos interesses do condenado, e as considerações de segurança pública, punibilidade e protecção de bens jurídicos associados ao *ius puniendi* do estado de emissão.

Mais uma vez, para uma melhor compreensão da fundamentação do acórdão, são fundamentais as conclusões do Advogado-Geral Yves Bot que, a este respeito, fala da articulação entre o princípio do reconhecimento mútuo e o princípio da individualização da pena. Apoiada na jurisprudência antecedente, a autoridade judiciária de execução deverá avaliar em que medida o cumprimento da pena no Estado-Membro de execução permite aumentar as oportunidades de reinserção social da pessoa procurada após o cumprimento da pena a que foi condenada. Do juiz será esperado, portanto, um exercício de articulação entre o princípio do reconhecimento mútuo, que implica, em princípio, a entrega da pessoa procurada, e o princípio da individualização da pena, que pressupõe, em contrapartida, que, em determinadas circunstâncias, esse juiz estabeleça uma exceção ao princípio da entrega dessa pessoa de forma a assegurar a sua reintegração social⁴⁸.

Em nosso ver, o Advogado-Geral sintetiza brilhantemente o equilíbrio que deve existir entre o princípio da individualização da pena, e do objectivo de reinserção social, com o princípio do reconhecimento mútuo:

Inspirada pela preocupação de assegurar a função de reinserção da pena, esta atitude demonstra a realidade do espaço de liberdade, de segurança e de justiça no qual, incluindo no âmbito da execução de um mandado de detenção europeu e uma vez afastada a impunidade devido à detenção da pessoa condenada, se aplicam os princípios fundamentais do direito de execução das penas⁴⁹.

Como bem observa, ainda, a menção segundo a qual o Estado-Membro de execução se compromete a executar uma pena “*nos termos do seu direito nacional*”, mais não faz do que consagrar o princípio segundo o qual as medidas tendentes à execução da pena são regidas pelo direito do Estado-Membro de execução⁵⁰.

⁴⁸ “*Devo precisar que se trata, efetivamente, de uma exceção ao princípio da entrega da pessoa condenada e não de uma exceção ao princípio do reconhecimento mútuo. Com efeito, ao aplicar o motivo de não execução facultativa previsto no artigo 4.º, n.º 6, da Decisão-Quadro 2002/584, a autoridade judiciária de execução reconhece plenamente a decisão proferida pela autoridade judiciária de emissão, uma vez que propõe assegurar a aplicação desta em seu lugar*”, Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, Processo C-514/17, *Marin-Simion Sut.*

⁴⁹ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, Processo C-514/17, *Marin-Simion Sut.*

⁵⁰ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, Processo C-514/17, *Marin-Simion Sut.*

Apesar das suas considerações, o entendimento do Advogado-Geral convergiu com o do TJUE no que tocou à decisão de recusa.

Sobram-nos algumas reservas quanto à decisão tomada pelo TJUE neste caso. Em primeiro lugar, é de observar um aspecto em relação ao qual o Tribunal foi omissivo: a natureza bagatela do crime em causa. Recordamos que o que estava em causa era uma condenação numa pena de prisão efectiva de um ano e dois meses por ter conduzido um veículo sem matrícula validada, sem ser detentor de um título de condução válido e ter causado um acidente. À luz do nosso próprio ordenamento, seria muito improvável, esta espécie de condenação por esta espécie de crime. Bastava o apelo básico a considerações de necessidade e dignidade de tutela penal, bem como a consciência da pena de prisão como *ultima ratio* num paradigma preventivo.

Tendo presente que estamos perante tal bagatela, menos sentido nos faz a ponderação que o TJUE fez entre o princípio da reinserção social e a efectividade do princípio do reconhecimento mútuo e do espaço de liberdade, segurança e justiça. Parece-nos que não peca pela fundamentação evocada, mas sim, pela conclusão que retira da referida fundamentação. Como foi bem observado, inerente ao artigo 4.º, ponto 6, da Decisão-Quadro 2002/584 está o objectivo de facilitar a reinserção social do condenado. Objectivo este consagrado, também como se viu, pela própria jurisprudência do TJUE. Sobre este entendimento, salientou o Advogado-Geral que o juiz deverá articular o princípio do reconhecimento mútuo e o princípio da individualização da pena, de forma a assegurar a sua reinserção social.

A partir desta fundamentação, apoiada não só na teleologia dos próprios instrumentos da cooperação judiciária, como no labor jurisprudencial, cremos que haveria margem para admitir uma interpretação da disposição, segundo a qual, a execução do mandado poderia ser recusada, não executando a pena privativa da liberdade, mas sim, a pena de multa que prevê a legislação nacional.

Em nosso ver, tal interpretação não seria feita em prejuízo da punibilidade, esta estaria assegurada – ainda que de forma relativa, admite-se –, pela aplicação da pena de multa. Adicionalmente, garantiria, seguramente, a satisfação do princípio da reinserção social, conhecendo-se bem os efeitos graves que uma pena de prisão de curta duração pode ter na vida de uma pessoa.

4. O que nos falta? O que precisamos?

Mesmo após este excursão pela jurisprudência do TJUE, sobra-nos a questão: como levamos a cabo a reinserção social? Esta pergunta é muitas vezes abordada pelos penalistas de uma perspectiva, em nosso ver, menos correcta. Essa perspectiva passa, precisamente, por não abordar a questão por completo, ao invés, relegando-a aos profissionais que lidam directamente com a tarefa da reinserção social, sejam eles os próprios assistentes sociais, psicólogos ou outros profissionais “do terreno”.

Contudo, alguns dedicam-se a esta difícil tarefa, pensado como devemos adaptar o sistema penal para servir a finalidade a que se propõe, mas que, muitas vezes, esquece. É o caso de Alvinho Augusto de Sá que avança a sua proposta de um modelo de terceira geração da criminologia clínica.

Tradicionalmente, a criminologia clínica é concebida como o saber que se preocupa com a intervenção individual sobre a pessoa do condenado, visando o seu “tratamento penitenciário” ou a sua reinserção social⁵¹. O modelo de terceira geração, proposto pelo autor, procura responder à crise de paradigmas que se estabeleceu no seio da criminologia; com o conflito entre a perspectiva que toma como objecto o sujeito criminoso e as teorias sociológicas que tomam como objecto a própria sociedade punitiva. A proposta faz um resgate teórico dos modelos médico-psicológico e psicossocial da criminologia clínica, incluindo, assim, a sociedade punitiva e a situação de exclusão social da pessoa seleccionada pelo sistema penal⁵². Este modelo entende que o objetivo do direito penal e da execução penal só será legítimo se procurar a inclusão social, assumindo o diálogo simétrico o protagonismo da criminologia clínica⁵³.

Afirma o autor que a reinserção social acontece entre pessoas e dentro de cada pessoa: “não como um processo passivo de adequação às normas, mas como um processo dinâmico, graças ao qual o individuo

⁵¹ SHIMIZU, Bruno; CALDERONI, Vivian. “**Criminologia Clínica e Execução Penal**: Proposta de um Modelo de Terceira Geração de Alvinho Augusto de Sá”, in: *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, Ano 19, 92, 2011, p. 461.

⁵² Como bem escrevem os autores que apresentam a proposta de Alvinho de Sá: “Este resgate coincide com a sua trajetória profissional. Apenas um profissional da estatura do autor poderia rever sua história de modo teoricamente irreparável e aproveitar a sua vivência profissional para fundamentar sua contribuição inovadora: a criminologia clínica de inclusão social”. (*Idem*, p. 462)

⁵³ *Idem*, p. 463.

vai se revalorizando, conquistando espaços legítimos e processando sua conduta como cidadãos de direitos”⁵⁴.

Merece o nosso reparo, o quanto esta ideia de reinserção social avançada por Alvino Augusto de Sá se aproxima do modelo de psicoterapia criado por Carl Rogers. Este, psicólogo fundador da terapia centrada no cliente⁵⁵, partilhando a experiência de terapia de centenas de clientes, observou como estes tendiam a livrar-se da sua *persona* para emergirem como pessoas, aquilo que verdadeiramente são⁵⁶. O autor observa as seguintes características gerais que se manifestam nestes indivíduos no processo de encontrarem a sua identidade⁵⁷: uma maior abertura à sua experiência⁵⁸; uma maior confiança no seu organismo⁵⁹; capacidade de se reconhecerem a si próprios como uma fonte legítima de avaliação⁶⁰; aceitarem-se como um processo ao invés de um produto⁶¹.

Creemos que ambos os autores convergem no sentido de que a chegada à verdadeira identidade da pessoa passa por um processo dinâmico. Encontram ainda acordo quanto ao facto de esse processo dinâmico assentar, sobretudo, no diálogo. Alvino Augusto de Sá, da sua

⁵⁴ AUGUSTO DE SÁ, Alvino. **Criminologia Clínica e Execução Penal**: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 324.

⁵⁵ ROGERS, Carl. **Client-Centered Therapy**. Constable London, 1989, p. 3 e ss.

⁵⁶ “He begins to drop the false fronts, or the masks, or the roles, with which eh has faced life. He appears to be trying to discover something more basic, something more truly himself. At first he lays aside masks which he is to some degree aware of using”. (ROGERS, Carl. **On Becoming a Person: A therapist’s view of psychotherapy**. Constable London, 1996, p. 109 e ss).

⁵⁷ Reconhecendo, contudo: “No one person would fully exemplify these characteristics, no one person fully achieves the description I will give, but I do see certain generalizations which can be drawn, based upon living a therapeutic relationship with many clients”. (*Idem*, p. 115)

⁵⁸ “First of all I would say that in this process the individual becomes more open to this experience”. (*Idem*, p. 115)

⁵⁹ “It seems the person increasingly discovers that his own organism is trustworthy, that it is a suitable instrument for discovering the most satisfying behavior in each immediate situation”. (*Idem*, p. 118)

⁶⁰ “The individual increasingly comes to feel that this locus of evaluation lies within himself. Less and less does he look to others for approval or disapproval; for standards to live by; for decisions and choices”. (*Idem*, p. 119)

⁶¹ “It is that the individual seems to become more content to be a process rather than a product (...) He tends, in the freedom of the therapeutic relationship to drop such fixed goals, and to accept a more satisfying realization that he is not a fixed entity, but a process of becoming”. (*Idem*, p. 122)

parte, propõe o diálogo como saída, ao invés de solução, da ruptura entre a parte encarcerada e não encarcerada da sociedade⁶². Carl Rogers, por seu turno, reforça a importância da criação de uma relação com o cliente que facilite o diálogo e permita à pessoa emergir⁶³.

Estas contribuições por parte dos autores podem ser interpretadas da seguinte forma: o sistema penal, ao nível da execução de penas, deverá proporcionar condições ao condenado que lhe permitam emergir como alguém autónomo, capaz, consciente de si e da sua posição no mundo. Interpretação que, em boa parte, encontra identidade não só com a finalidade de prevenção especial positiva da pena, mas também com o princípio da socialidade. Ou seja, a pessoa que deverá emergir do sistema penal é uma pessoa que, por ser autónoma, capaz, consciente de si e da sua posição no mundo, terá condições para viver a sua vida sem cometer mais crimes. A pessoa deverá adquirir na execução da pena as características necessárias para não cometer crimes.

Esta mudança de identidade do condenado, que pode ser levada a cabo pela psicoterapia é, afinal, um dos factores identificados pela literatura como fazendo parte do sucesso da reinserção social⁶⁴. Curiosamente, levar a cabo esta mudança no meio prisional parece requerer condições análogas às que são necessárias no meio terapêutico – ou assim nos parece. A literatura identifica como algumas das condições necessárias para levar a cabo a reinserção social: a promoção da autonomia; o direito do condenado à participação; o direito do condenado à informação; a salvaguarda da relação de confiança entre o condenado e a autoridade⁶⁵. Quando Carl Rogers fala em criar condições para levar a cabo a mudança na pessoa, refere à importância de estabelecer uma relação de confiança que a própria pessoa utilizará em benefício do seu

⁶² SHIMIZU, Bruno; CALDERONI, Vivian. **Criminologia Clínica e Execução Penal**: Proposta de um Modelo de Terceira Geração de Alvinho Augusto de Sá. In: Revista Brasileira de Ciência Criminal, Ano 19, 92, 2011, p. 466.

⁶³ ROGERS, Carl. **On Becoming a Person**: A therapist's view of psychotherapy, Constable London, 1996, p. 31.

⁶⁴ “Literature investigating desistance from crime identifies, among many, at least four key factors: age of the offender, the capacity to build both individual and social capital and a change of identity in the offender”. (WIECZOREK, Irene. **EU constitutional limits to the Europeanization of punishment**: A case study on offenders' rehabilitation. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25(6), 2018, p. 658.)

⁶⁵ *Idem*, p. 662.

crescimento e mudança pessoais⁶⁶. Em parte, a relação criada deve ser uma em que a pessoa que ouve, que ajuda, o faz aceitando e apreciando a outra pessoa como um indivíduo, com o que se pode chamar *unconditional positive regard*⁶⁷. Não é isto, afinal, o respeito pela dignidade da pessoa humana numa das suas formas mais puras?

Estas ideias parecem-nos convergir no seguinte sentido: para levar a cabo a mudança do condenado durante a execução da pena, no sentido de este emergir como a pessoa capaz, autónoma e consciente de si – que realmente é –, e assim, poder levar a cabo a sua vida sem cometer crimes, o sistema penal terá que respeitar a sua dignidade, estabelecendo uma relação de confiança com este, aceitando-o e apreciando-o como um indivíduo, promovendo a sua autonomia e capacidade de mudança. Assim nos parecem conciliar-se, por um lado, as ideias de Alvin August de Sá e Carl Rogers e, por outro lado, as finalidades preventivas da pena e o princípio da socialidade.

Pode ser isto que falta. Pode ser isto que precisamos.

5. Conclusão

Da análise aqui levada a cabo da jurisprudência do TJUE, bem como da literatura em volta dos tópicos por nós tratados, parece-nos resultar uma tendência da política-criminal da União Europeia para querer garantir a punibilidade antes de conseguir garantir a reinserção. Precipita-se em aplicar a pena, sem ainda ter decidido para o que ela servirá e como deverá funcionar. Com isto parece estabelecer-se um paradigma de “apanhar” o agente e não de “tratar” o agente. De facto, o direito penal serve para punir, mas sem esquecer que as penas obedecem a finalidades e que, uma delas, é prevenir que o condenado leve a sua vida sem praticar crimes. Talvez, de facto, o mandado de detenção europeu tenha sido um salto precipitado que carecia de vários passos anteriores.

É importante recordar o pensamento de Gomes Canotilho a este propósito, que identifica um foco de tensão entre os princípios fundantes do direito constitucional e do direito penal iluminístico-liberais, com os novos esquemas de processualização do espaço penal

⁶⁶ ROGERS, Carl. **On Becoming a Person: A therapist's view of psychotherapy.** Constable London, 1996, p. 31.

⁶⁷ *Idem*, p. 37.

européu⁶⁸. O autor alerta que quaisquer aberturas constitucionais e penais que façam os juristas perante a afirmação do novo espaço jurídico e operacionalização de uma rede judiciária europeia, deverão obedecer a duas condições fundamentais: as deslocções dogmáticas do direito penal não impliquem a completa subversão dos princípios antropológicos em que ele assenta; o alargamento das muralhas incriminatórias e tipificadoras esteja ao serviço de valores e não ao serviço de “guerras” contra inimigos que coloquem o direito constitucional e o direito penal ao serviço de exceções perenes típicas dos estados constitucionais autoritários⁶⁹.

É no quadro desse pensamento crítico do autor que reiteramos a importância da consciência de uma identidade axiológica constitucional entre os Estados-Membros, da qual decorre, não apenas o princípio da socialidade que justifica e enforma a reinserção social, mas também o fundamento, limites e finalidades do direito penal.

Seríamos ingênuos, contudo, se ao abordarmos esta problemática não reconhecêssemos a dimensão política, e até mesmo financeira, que lhe subjaz. E que está, necessariamente, relacionada com a questão da soberania estadual e a “elasticidade” a que se tem sujeitado na adaptação ao direito europeu. Quer a reinserção social, quer qualquer execução de uma pena privativa da liberdade e sua manutenção, têm custos. Havendo estes custos, alguém terá de os suportar. Serão, certamente, contribuintes que o farão, mas poderão ser contribuintes do estado de origem do agente, ou de um outro estado estrangeiro onde cumprirá pena. Qualquer um destes estados terá de justificar a importância destes custos. Com este ónus, de pagar e justificar, vem a tensão política entre estados no seio da cooperação judiciária⁷⁰.

⁶⁸ CANOTILHO, Gomes. **Justiça Constitucional e Justiça Penal**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminal, 58, 2006.

⁶⁹ *Idem*, p. 336.

⁷⁰ Neste sentido: “In a purely national case, sentence execution costs are naturally borne by the convicting state. If, however, the case involves a foreign offender, it is not self-evident which state has to bear such costs. If rehabilitation would be better achieved in the state of origin, the burden ideally should fall on the latter states. This, however, implies further political costs in terms of compression of sovereignty, since that state has to execute a sentence it did not impose. Conversely, if rehabilitation is better achieved in the convicting state,³⁸ this one should bear the costs. Yet, justifying to taxpayers that a state bears prison and-or internal security costs for non-nationals, as opposed to expelling them, might not be easy”. (WIECZOREK, Irene. **EU constitutional limits to the Europeanization of**

O facto de a jurisprudência ter elevado o sucesso da reinserção social do condenado a um interesse de todos os cidadãos da União, retira, em certo grau, a autonomia e soberania na manutenção da execução da pena privativa da liberdade. Isto é, a finalidade da prevenção especial positiva passa a ser um objectivo da União e, assim sendo, a reincidência corresponderá, necessariamente, ao fracasso na garantia desse objectivo.

Como é claro, de qualquer Estado não poderá ser exigido mais do que uma “obrigação de meios” no que toca à garantia deste objectivo, e nunca uma “obrigação de resultado”. Contudo, e cremos ser este um dos pontos altos da jurisprudência do TJUE que analisámos, ao avançar este entendimento da reinserção como um interesse e objectivo comunitário, o Tribunal começa a traçar um caminho quanto à posição da soberania dos estados na manutenção da execução.

Sobra-nos a dúvida quanto à suficiência deste objectivo para justificar uma menor autonomia estadual na manutenção da execução da pena e, ainda assim, respeitar o princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 5º, n.º 4, do Tratado da União Europeia⁷¹.

Permanecem as questões⁷²: o que nos falta? O que precisamos? Mas alguns caminhos de resposta se começam a construir.

Referências

ANTUNES, Maria João. **Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2019.

AUGUSTO DE SÁ, Alvino. **Criminologia Clínica e Execução Penal: proposta de um modelo de terceira geração**, São Paulo: Ed. RT, 2011.

punishment: A case study on offenders’ rehabilitation. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018, p. 661).

⁷¹ Sobre isso: “The assumption made in the previous section is that envisaging an EU-wide system of transfer of offenders is a suitable and necessary measure to ensure that punishment has a rehabilitative function also in cross-border cases. Yet proportionality requires a balance between the advantage that having EU-wide norms brings to the policy objective of rehabilitating cross-border offenders, and the compression of Member States’ regulatory autonomy on matters of sentence execution”. (WIECZOREK, Irene. **EU constitutional limits to the Europeanization of punishment:** A case study on offenders’ rehabilitation. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018, p. 661).

⁷² Concluindo desta forma, não podemos esquecer a invocação de José Saramago que já ouvimos Anabela Miranda Rodrigues fazer em jeito de introdução: “Vivemos no tempo das perguntas”.

CANOTILHO, Gomes. **Justiça Constitucional e Justiça Penal**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminal, 58, 2006.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Volume I. Coimbra: Almedina, 1968.

DIAS, Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime**, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PLATÃO. **Protagoras and Meno**. Penguin Books: 1985.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização – jurisdicionalização – consensualismo e prisão – projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Cunha. **Os Senhores do Crime**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 9, 1999.

ROGERS, Carl. **Client-Centered Therapy**. Constable. London, 1989.

_____. **On Becoming a Person: A therapist's view of psychotherapy**, Constable London, 1996.

SHIMIZU, Bruno; CALDERONI, Vivian. **Criminologia Clínica e Execução Penal: Proposta de um Modelo de Terceira Geração de Alvinho Augusto de Sá**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminal, Ano 19, 92, 2011.

WIECZOREK, Irene. **EU constitutional limits to the Europeanization of punishment: A case study on offenders' rehabilitation**. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018.

_____. **Punishment, deprivation of liberty and the Europeanization of criminal justice**. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(6), 2018.



Belo Horizonte Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG Tel.: 31 3261 2801 CEP 30140-007	São Paulo Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82 Bela Vista – São Paulo, SP CEP 01310-933
--	---

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, Editora D'Plácido.
Copyright © 2020, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini

Diagramação Enzo Zaqueu

Revisão Marina Medrado de Correia

Este livro foi impresso em papel Off-Set 75g,
com tipografia Bembo Std 12/14.

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé





ISSN: 2675-5874

DOI: 10.46274/1809-192XRICP