



NESTA EDIÇÃO:

Editorial (pág. 02)

Obras recomendadas (pág. 04)

Doutrina:

1. Delação premiada, sistema acusatório e liberdade de autodeterminação (pág. 05)

2. Sonegação fiscal e lavagem de dinheiro – uma análise restritiva (pág. 09)

Atualização legislativa (pág. 20)

Conselho Editorial

Érika Mendes de Carvalho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Gisele Mendes de Carvalho, Gustavo Noronha de Ávila, Juarez Tavares, Miguel Polaino-Orts, Nestor Eduardo Araruna e Rodrigo Iennaco de Moraes.

EDITORIAL

A Constituição precisa ser mais amada...

Assim o Ministro Marco Aurélio resumiu sua frustração com a inesperada mudança de jurisprudência da Corte Constitucional, que passou a admitir a execução da sentença condenatória mesmo antes do seu trânsito em julgado, contentando-se com a simples confirmação pela instância recursal imediatamente superior.

A nova orientação foi proposta do seguinte modo pelo relator, Ministro Teori Zavascki: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Realmente, nos moldes em que prolatada, a decisão do Supremo Tribunal Federal atinge diretamente dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o da legalidade penal e o da presunção de não culpabilidade (apesar de dizer expressamente o contrário).

O primeiro é atingido na parte em que a nova orientação jurisprudencial se projeta inclusive para os casos praticados em data anterior ao julgamento, contornando a conhecida proibição da retroatividade *in malam partem*.

Vale perceber que a jurisprudência realiza uma permanente recriação da lei, pois seu trabalho gravita entre a apertada margem de

liberdade semântica autorizada pelo texto legal e a contínua mudança social que se reflete na linguagem, deve-se admitir, para atender ao princípio da confiança, a proibição da retroatividade da jurisprudência contra o réu, como ocorre no caso em tela.

Apesar disso, no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal não se perturbou ao permitir a retroatividade da inovação jurisprudencial para alcançar o fato pretérito que se encontrava em julgamento e denegar a ordem, sendo justo imaginar que será seguido sem pudor pelos tribunais estaduais em outros tantos julgamentos.

O segundo princípio diretamente afetado pela decisão é o da presunção de inocência, por mais que o acórdão procure negar tal fato.

Referido princípio afirma que todo acusado é presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória e encontra expressa previsão no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Seu fundamento reside na opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.

O maior ou menor alcance da liberdade do cidadão depende do efetivo controle da criminalidade e, também, da confiança na justiça, ou seja, na certeza de que o Estado não cerceará o direito de ir e vir de um inocente.

Admitir o trânsito em julgado da condenação a partir do julgamento em segundo grau é potencializar a prevenção geral pelo

medo, sob o falacioso discurso de que o direito penal é instrumento hábil a assegurar a almejada segurança pública, exatamente como a técnica empregada historicamente pelos regimes autoritários.

A decisão também parece desconhecer a tolerância probatória dos tribunais estaduais traduzidas em conhecidas fórmulas gerais como as que consideram a “prevalência da palavra da vítima sobre a negativa do réu”; a “inversão do ônus da prova quando o agente é surpreendido na posse da coisa subtraída”, a “credibilidade das declarações dos policiais e agentes públicos” e, a pior de todas, a que admite a condenação a partir da “confissão extrajudicial ratificada pelas demais provas colhidas no curso da instrução”.

Criou-se ainda um desconfortável paradoxo, pois as decisões que acentuam o caráter

retributivo do direito penal têm sido aplicadas rotineiramente por juízes e desembargadores, o que resultará na massificação da aplicação da pena privativa de liberdade e, em consequência, na maior seletividade do sistema.

O Instituto de Ciências Penais está atento e irá acompanhar a repercussão da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, aliando-se à outros institutos e entidades afins na luta pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Espera-se que o debate das ciências criminais consiga se estender a todas as pessoas a fim de se criar um ambiente adequado para que a Constituição possa efetivamente ser amada e respeitada.

Antonio de Padova Marchi Jr. –
presidente do ICP

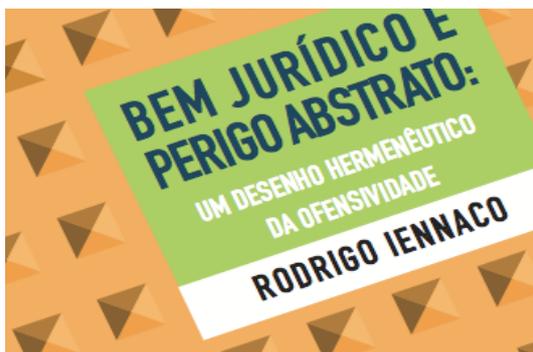
OBRAS RECOMENDADAS



A separação entre teoria e prática sempre foi prejudicial ao Processo Penal. Esta obra coletiva, escrita por experientes e renomados profissionais das ciências penais, tem o objetivo de suprir esse espaço: trata-se de obra predominantemente prática; porém, não fornece modelos de petições processuais. A cada capítulo são apresentadas as principais peças do processo penal, com textos críticos que lhe servem de referência. Editora **Lumen Juris** (Rio de Janeiro, 2014).



O livro trata de diversos temas atuais das ciências penais, com a contribuição de renomados profissionais do cenário jurídico contemporâneo. Editora **D' Placido** (Belo Horizonte, 2015).



O autor defende um “projeto de teoria da ofensividade”, cuja sistematização definitiva ainda é tarefa pendente; procura apontar alguns caminhos para o debate sobre o assunto, numa aproximação inovadora. Esta segunda edição incorpora algumas reflexões sobre a teoria da norma, inclusive uma proposta de classificação mais abrangente sobre as normas penais não incriminadoras, que serve de realce para o debate em torno do conteúdo material do injusto. (Ed. **D'Placido**)

DOCTRINA 1

DELAÇÃO PREMIADA, SISTEMA ACUSATÓRIO E LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO

Michel Wencland Reiss

Advogado.
Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Doutorando em Direito na PUC-Rio

O instituto jurídico da delação premiada, apesar de não ser recente no Direito brasileiro¹, tem ganhado grande relevância não só entre os estudiosos do processo penal mas também pela grande mídia.

A repercussão do tema se deve a basicamente a dois fatores: a entrada em vigor da recente Lei n. 12.850/2013 – que trata da organização criminosa e regulamenta a delação² – e a grande repercussão jornalística que tem tido a chamada “Operação Lava Jato”, que por sua vez envolve supostos crimes ocorridos no âmbito da Petrobrás, com vários investigados que usufruíram de tal instituto.

Cabe de início registrar o tratamento legal dado ao tema, rotulado pela Lei como “colaboração premiada” – uma denominação notadamente menos impactante do que “delação”. O art. 4º prevê como benefícios o perdão judicial, redução de pena em até dois terços ou ainda sua substituição por sanções restritivas de direitos. Já o § 4º da referida norma admite inclusive que o Ministério Público sequer ofereça denúncia contra o

¹ A já revogada Lei n. 9.034/95, que tratava de meios investigatórios contra organizações criminosas, previa em seu art. 6º que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Cabe também mencionar que, desde 1996, há previsão legal de redução de pena para casos de extorsão mediante sequestro quando, havendo concurso de pessoas, um dos agentes denunciar à autoridade facilitando a libertação do sequestrado, nos termos do art. 159, § 4º, do Código Penal. Por fim, tem-se ainda o art. 41 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas –, que assim dispõe: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

² Dispõe a ementa da referida Lei: “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências”.

colaborador, desde que este não seja o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar a colaboração.

Em contrapartida, a Lei exige que o delator traga um ou mais dos seguintes resultados: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais; ou por fim a localização de eventual vítima, com a sua integridade física preservada.³

A grande questão a ser discutida é a compatibilização ou não da delação premiada com as garantias previstas num contexto do Estado Democrático de Direito.

A delação é conhecida por ter um intuito eminentemente utilitarista. Afinal, buscase a coleta de provas, recuperação de valores ou localização de vítimas, em combate a crimes praticados por organizações criminosas. A mero título exemplificativo, cabe mencionar matéria publicada no Portal Dom Total em 04 de setembro de 2015, onde se lê que o Procurador Geral da República destacou o papel da delação premiada em Seminário realizado em Brasília, enfatizando os vultuosos valores já recuperados em razão das delações.⁴

Por outro lado, deve-se impor limites severos à utilização da delação para que não ocorram ofensas às garantias constitucionais. Isso porque o direito processual penal brasileiro adotou o sistema acusatório, por força do art. 129, I, da Constituição – dentre outras garantias previstas no art. 5º.

A grande característica do sistema acusatório é uma rigorosa delimitação do papel das partes no processo: acusação, acusado e sua defesa técnica e finalmente o juiz. É nesse contexto que o ônus da prova fica com a acusação. Não se pode admitir que o juiz se coloque no papel de acusador em busca da prova, e muito menos que se inverta o ônus para o acusado e sua defesa técnica.⁵

³ Para maiores detalhes, vide arts. 4º a 7º da Lei n. 12.850/2013.

⁴ <http://domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=937427>. Acesso em 04.09.2015.

⁵ Nesse aspecto cabe aqui um elogio à Lei n. 12.850/2013. Isso porque tal diploma proíbe que o juiz participe das negociações da delação, com prevê seu art. 4º, § 6º: “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o

É por tal razão que a delação deve partir de um ato absolutamente voluntário do investigado. Seria absolutamente inadmissível uma delação em que tenha ocorrido qualquer vício, por menor que seja, na manifestação de vontade. Caso contrário, estaríamos invertendo completamente os papéis estabelecidos pelo sistema acusatório.

Nesse ponto cabe destacar que o art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013 prevê que, realizado o acordo, “será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

Fácil notar o destaque que a Lei atribuiu à voluntariedade para a homologação da delação. Além de exigí-la expressamente, permite-se inclusive que o juiz ouça o delator exatamente para examinar se teria ocorrido algum vício de vontade. Somente em seguida poderá ocorrer a homologação judicial – que, diga-se de passagem, é imprescindível, conforme previsão contida na norma acima transcrita.

O que se pode destacar é a incompatibilidade existente entre uma série de medidas cautelares restritivas de direitos eventualmente impostas aos investigados e a voluntariedade da delação. O grande exemplo está na decretação da prisão provisória. Afinal, não se pode conceber um ato de colaboração que deve ser absolutamente voluntário manifestado por alguém que está com sua liberdade de locomoção – tão fundamental no Estado Democrático de Direito, tutelada no *caput* do art. 5º da Constituição – cerceada.

A outra situação que merece ser mencionada, um pouco menos contundente que a anterior mas também relevante, é a imposição de cautelares patrimoniais. Afinal, fica difícil se falar em ato essencialmente voluntário de alguém que está com seu patrimônio bloqueado.

Caso se admitam homologações de delações em casos com restrições a direitos cautelarmente impostas, estaremos ignorando o sistema acusatório imposto pela Constituição, eis que se constrangerá o investigado a produzir a prova que deveria ter sido produzida pelo acusador. Esse é o ponto a ser considerado.

investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Percebe-se portanto que o que se está a defender tem respaldo na Constituição, e não em considerações históricas ou morais acerca da figura do “delator”, ou “traidor” – o que, aliás, também não pode ser desconsiderado.

DOCTRINA 2

SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO – UMA ANÁLISE RESTRITIVA⁶

Gustavo Henrique de Souza e Silva

Advogado.

Mestre em Direito pela UFMG.

Manuela Porto Ribeiro Silveira

Advogada

1. Introdução.

O Instituto de Ciências Penais – ICP, no exercício de seus objetivos sociais, promove obra coletiva em memória ao professor Guilherme José, jurista cuja ausência precoce consternou toda a comunidade jurídica mineira.

Embora cientes da responsabilidade advinda do convite para colaborar com a merecida homenagem, nos tranquilizou o fato de saber que a nossa concepção do direito penal em muito se assemelha àquela defendida pelo Professor Guilherme, seja em sua produção acadêmica, seja, principalmente, quando estava a semear os ideais de uma justiça criminal mais humana junto aos seus milhares de alunos.

A lição do Professor Guilherme tem seu cerne o fato de que o direito penal deve ser considerado como garantia do indivíduo contra a possibilidade de arbítrio daqueles que estão a exercer a autoridade estatal.

Não se trata, assim, de instrumento proativo de promoção de segurança ou de qualquer outra forma de bem-estar social, cuja obtenção deve ser perquirida mediante a atuação do Estado, principalmente na promoção de serviços públicos de qualidade.

A sua (do Estado) intervenção, principalmente através do direito penal, inequivocamente a mais grave delas, deve ser utilizada de forma ponderada e sempre em último caso, com estrito respeito às garantias constitucionais individuais.

É exatamente sob esta perspectiva que tratamos do tema sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, externando nossa preocupação de que o instituto da lavagem possa ser deturpado, mediante leitura que lhe dê abrangência maior do que aquela permitida pelo tipo penal.⁷

⁶ Artigo originalmente publicado no livro “Ciências criminais: estudos em homenagem ao professor Guilherme José Ferreira da Silva”, Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 117-128.

⁷ Registre-se que interpretações extensivas do tipo já têm, nos crimes contra a ordem tributária, diante da possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento, permitido a sua utilização como instrumento

2. A essência do problema.

As reflexões sobre a interface entre os delitos de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro remontam à exposição de motivos da Lei n.º 9.613/98, mais especificamente em seu item 34, segundo o qual “o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal”.⁸

A questão ganhou novo fôlego com a exclusão do rol taxativo dos crimes antecedentes antes previstos no artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98, diante das alterações procedidas pela Lei n.º 12.683/12, sugerindo, numa primeira análise, que poderiam ser objeto de lavagem todos os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.⁹

Desde então, a doutrina, quanto ao tema, se dividiu, basicamente, em duas linhas.

A primeira entende que, apesar da alteração legislativa, o delito de sonegação fiscal continua não sendo crime antecedente de lavagem.¹⁰

Sustentam que os ativos advindos dos delitos fiscais não podem ser objeto material do delito de lavagem de dinheiro, na medida em que não foram gerados pela sonegação, mas, ao contrário, por uma conduta prévia lícita, qual seja, o fato econômico que gerou a obrigação tributária frustrada mediante fraude.¹¹

Para os adeptos desta tese, portanto, referenda-se a linha adotada pelo legislador de 1998 de que impossível se tipificar a conduta de lavagem de dinheiro sobre

ilegítimo de pressão para fins arrecadatórios fiscais. Uma interpretação extensiva da relação sonegação fiscal e lavagem pode reforçar esta prática, sob todos os aspectos, censurável.

⁸ Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998.

⁹ Embora esta tenha sido uma tendência internacional, a alteração sofre crítica por parte da doutrina, principalmente em face da banalização do delito de lavagem, com graves problemas de proporcionalidade, seja entre a pena da infração antecedente e a do delito de lavagem, seja pela falta de diferenciação de pena, dentro do próprio delito de lavagem, em razão da gravidade do delito antecedente. (BONACCORSI, 2013). A alteração pode gerar, ainda, problemas de concurso aparente de normas com os delitos de receptação e favorecimento real, artigos 180 e 349 do Código Penal respectivamente.

¹⁰ A discussão existe em relação aos delitos de sonegação fiscal, nos quais há omissão de pagamento de tributo devido mediante fraude. Nos delitos contra a ordem tributária nos quais os bens ingressam no patrimônio do agente, desde o primeiro momento, inequivocamente, de forma ilícita, não nos parece haver dúvidas de que tais condutas podem ser antecedentes ao delito de lavagem. Isto ocorre, por exemplo, em casos de apropriação indébita fiscal ou de recebimento indevido de incentivo fiscal, artigo 2.º, incisos II, III e IV da Lei n.º 8.137/90. Neste sentido (BLANCO CORDERO, 2011; MUÑOZ CASALTA, 2015).

¹¹ Também estão entre os argumentos a sustentar a impossibilidade de a sonegação fiscal ser antecedente da lavagem de dinheiro, a questão do *ne bis in idem*, já que em alguns casos se estaria a cogitar de duas punições pela mesma conduta, ou, ainda, questões de política criminal, já que a lavagem deveria se concentrar em bens provenientes de atividades do crime organizado, tais como tráfico internacional de drogas, corrupção e tráfico de armas. (BLANCO CORDERO, 2011).

ativos que não foram incorporados originalmente ao patrimônio do agente pelo crime antecedente.¹²

Uma outra vertente sustenta que o delito fiscal pode ser crime antecedente da lavagem de dinheiro, especificamente quanto às condutas que visem dar aparência de licitude em relação aos ativos que foram mantidos (indevidamente) no patrimônio do agente em razão do não recolhimento, mediante fraude, dos tributos devidos.¹³

Destarte, a discussão tem sua essência no questionamento de se a manutenção indevida, no patrimônio do autor do crime fiscal, da cota financeira referente à obrigação tributária sonegada, tem ou não o condão de transformar a origem destes recursos de lícita para ilícita, pois, sem ativos de origem ilícita não se cogita de lavagem de dinheiro.¹⁴

3. Fato gerador e hipótese de incidência tributária como atividades lícitas.

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, cuidou de trazer a definição de tributo em seu artigo 3º, assim:

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (grifou-se).¹⁵

É, portanto, atributo intrínseco ao tributo não se constituir como sanção pela prática de ato ilícito, assim, dúvida não há de que os fatos a serem eleitos pela lei como jurídica e tributariamente relevantes para fins de instituição de relação jurídico-tributária somente poderão ser lícitos.

Esta conclusão parte da distinção adotada pelo tributarista Geraldo Ataliba¹⁶ entre a hipótese de incidência tributária e o fato gerador, por ele denominado fato imponível.

¹² Neste sentido (SALOMÃO NETO, 2012; MUÑOZ CASALTA, 2015).

¹³ Neste sentido (SALOMÃO NETO, 2012; BOTTINI E BADARÓ, 2012; ROSA, 2014). Note-se que, mesmo os adeptos desta tese, reconhecem que a possibilidade da sonegação fiscal ser crime antecedente da lavagem gera vários problemas subsequentes, tais como: (i) questão da consumação do delito fiscal, se quando da conduta de sonegação ou do lançamento do tributo, sendo evidente que não se pode cogitar da origem ilícita dos recursos antes da consumação do delito antecedente; (ii) questão de individualização da cota tributária considerada de origem ilícita com aqueles ativos de origem lícita, já que a operação original é única (problema da mescla de bens lícitos e ilícitos); (iii) questão dos reflexos na lavagem da descontaminação da cota tributária em razão da extinção da punibilidade do crime fiscal pelo pagamento do tributo; e (iv) reflexos da prescrição do delito fiscal na lavagem.

¹⁴ Sobre o conceito de lavagem, na sua essência “A palavra lavar vem do latim *lavare*, e significa expurgar, purificar, reabilitar, daí a ideia de tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se lícito fosse”. (CALLEGARI, 2014).

¹⁵ Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

¹⁶ (ATALIBA, 2000).

A hipótese de incidência consiste no conceito legal, na descrição hipotética de um fato econômico que, uma vez realizado, gerará a obrigação fiscal, ou seja, é o tipo tributário.

Já o fato imponible é o evento econômico efetivamente realizado, num determinado tempo e lugar, equivalendo-se à conduta do direito penal.

Como no direito penal, o fato imponible (conduta) precisa se encaixar perfeitamente à hipótese de incidência legalmente prevista (tipo) para gerar a obrigação tributária, ou seja, também há de ser feito um juízo de tipicidade fiscal.¹⁷

Portanto, no plano da lógica jurídica, ou se tem um ato lícito que se adequa à hipótese de incidência tributária, gerando legitimamente a obrigação de pagamento de uma exação fiscal, ou se reconhece a prática de um ato ilícito, que não gera tal obrigação, porém permite a aplicação das sanções legalmente previstas, sejam elas civis, administrativas ou até penais.¹⁸

4. O elemento normativo tributo na sonegação fiscal.

Diz o artigo 1.º da Lei n.º 8.137/90 que “*Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas(...)*”.¹⁹

É fato que a Lei n.º 8.137/90 não utilizou a expressão “tributo” em seu significado de hipótese de incidência, porque, se assim fosse, somente a revogação ou alteração legislativa poderia suprimi-lo ou reduzi-lo.

De igual forma, não se pode cogitar do significado do termo como sendo fato imponible, porque ou o fato ocorreu e a obrigação subsiste, ou o fato não ocorreu e há inexistência da obrigação tributária de forma legítima (elisão fiscal), não havendo que se cogitar sequer de ilícito tributário, quanto mais de injusto penal.

¹⁷ Geraldo Ataliba esclarece “que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei”. (ATALIBA, 2000). Somente haverá, então, subsunção de um fato verificado à hipótese de incidência se ele contiver todos os elementos e aspectos deste arquétipo legal, o que, obviamente, não permite o afastamento ou a desconsideração da sua característica intrínseca de se tratar de um fato lícito. Na mesma linha, (DERZI, 2008).

¹⁸ Registre-se que parte da doutrina passou a admitir que, embora a hipótese de incidência somente possa trazer uma descrição abstrata de fatos lícitos, o fato gerador poderia decorrer de uma atividade ilícita, pois tal ilicitude seria um elemento accidental, indiferente para fins de subsunção do fato imponible à hipótese de incidência (MACHADO, 2007). É o denominado princípio do *non olet* – o dinheiro não tem cheiro. A nosso sentir a tese carece de lógica jurídica, na medida em que se a hipótese de incidência descreve fato lícito, a ilicitude do fato imponible, mesmo que accidental, impediria um juízo de subsunção perfeito (ou material), tal como exigido pelos princípios da legalidade estrita tributária e da segurança jurídica (artigos 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal). Ademais, se o fato imponible for ilícito, mesmo que se admita a sua subsunção à norma, o que nasce é a necessidade de se impor uma sanção e não um tributo. Neste sentido, (MACHADO, 2007) traz as lições de Giorgio Tesoro “el presupuesto de acto, o sea la causa jurídica de una obligación tributaria, no puede en ningún caso estar constituida por un hecho ilícito – civil, administrativo o penal – realizado por el sujeto passivo de la obligación; cuando por un hecho ilícito surge la obligación de satisfacer una prestación pecuniária, ésta tiene carácter de sanción, no de tributo: corresponde a la pretensión penal del Estado, no a su actividad financiera” (apud MACHADO, 2007).

¹⁹ Lei n.º 8.137. de 27 de dezembro de 1990.

Portanto, dúvida não há de que o elemento normativo “*tributo*” constante do *caput* do artigo 1º da Lei 8.137/90 se refere ao valor do crédito tributário constituído pelo lançamento (artigos 142 a 150 do Código Tributário Nacional),²⁰ ou seja, obrigação fiscal efetivamente devida.²¹

Assim, para a consumação da sonegação fiscal necessariamente precisará haver, **antes de qualquer fraude**, uma obrigação tributária devida pela prática de um fato econômico lícito que se enquadre em alguma das hipóteses de incidência tributária legalmente previstas.

Este aspecto temporal é de suma importância para demonstrar que a origem dos recursos auferidos pelo agente da sonegação fiscal, ao contrário do que acontece nas demais infrações penais, é, inequivocamente, lícita, já que o tributo é necessariamente prestação pecuniária sobre atividade lícita e o crime fiscal exige a existência de tributo devido.

O ilícito ocorre, portanto, **em um momento posterior**, qual seja, quando, mediante alguma das condutas fraudulentas previstas nos incisos do artigo 1.º da Lei n.º 8.137/90, tais recursos deixam de ser transferidos para a fazenda pública, frustrando-se obrigação fiscal legítima.

5. A questão da proveniência.

Para os adeptos da tese de que os bens auferidos com a sonegação fiscal são passíveis de ser objeto de lavagem de dinheiro, a denominada cota tributária, valor sonegado mantido indevidamente no patrimônio do agente do crime fiscal, seria de proveniência ilícita na medida em que “*Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encunetra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva*”.²²

Admitem, portanto, que a conduta do agente do delito de sonegação, posterior ao fato econômico lícito que deu origem à obrigação tributária, teria o condão de alterar a proveniência daqueles recursos, cuja origem primária foi a atividade econômica regular.

O *caput* do artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98 está assim redigido “*Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores **provenientes**, direta ou indiretamente, de infração penal*”.²³

O significado da palavra proveniência é “*origem, fonte, precedência*”, por outro lado, a palavra origem tem como significado “*princípio, primeira causa determinante, começo, procedência, ponto de partida, nascença*”.²⁴

²⁰ (BRASIL, 2012).

²¹ (MALHEIROS FILHO, 2007).

²² (BLANCO CORDERO, 2011, p. 22)

²³ Lei n.º. 9.613, de 3 de março de 1998.

²⁴ (AULETE, 1964).

A semântica do termo “*provenientes*”, principalmente dentro de sua interpretação restritiva, que deve orientar as normas penais incriminadoras no âmbito do Estado Democrático de Direito, não permite, a nosso sentir, admitir, quanto a um mesmo ativo detido pela mesma pessoa, a existência de duas origens, mesmo que apreciadas em momentos distintos.

A origem ou a proveniência do dinheiro, em construção restritiva de conteúdo, deve ser entendida como a primeira operação que transferiu a titularidade do valor para o agente, sendo, sob este aspecto, imutável.

Neste ponto, há de se reafirmar nossa posição de que no direito penal, sob o prisma da filosofia da linguagem, em que os significados dos textos normativos são construídos pelas impressões dos intérpretes, está vedada, pelo princípio da legalidade, a interpretação extensiva, até porque esta é estruturalmente idêntica à analogia *in malam partem*.²⁵

Do contrário, sob o pretexto de se admitir uma interpretação extensiva das normas incriminadoras, se teria o esvaziamento da garantia de uma lei estrita, uma vez que os aplicadores do direito, alegando que estariam apenas exercendo atividade interpretativa, poderiam inovar no campo legislativo.

Assim, o que ocorre no crime de sonegação fiscal é uma alteração indevida da titularidade da cota sonegada, cuja origem lícita é inegável, pois até para que exista o delito fiscal é preciso que haja atividade lícita, já que, sem fato econômico lícito não há tributo e, sem tributo devido, não há delito de sonegação.

A contaminação referente à indevida manutenção no patrimônio do autor do crime fiscal da cota sonegada é, sem dúvida, jurídico-penalmente relevante, mas para a configuração do delito de sonegação fiscal e não para alterar a origem efetiva e única dos recursos por ele auferidos, cuja licitude é inegável.

A ilicitude, neste caso, não é da proveniência dos ativos em si, mas da conduta do agente do crime fiscal em não recolher o tributo devido mediante fraude.

Ao interpretar a redação legal de forma contrária, estar-se-ia, na verdade, a expandir de forma indevida o termo “*provenientes*” de infração penal, pretendendo incluir no tipo legal condutas que não foram por ele, em uma necessária leitura restritiva, abrangidas.

A reforçar esta tese, o projeto de lei PLS 298/2015,²⁶ que “Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT de bens não declarados, de origem lícita, mantidos no exterior por residentes e domiciliados no País e dá outras providências”, cujo artigo 1.º está assim proposto:

²⁵ (SILVA, 2013, p. 70-83).

²⁶ Este projeto está vinculado à Medida Provisória n.º 683, de 13 de julho de 2013, que institui o Fundo de Desenvolvimento Regional e Infraestrutura e o Fundo de Auxílio à Convergência das Alíquotas do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação – ICMS, cujo financiamento está vinculado à arrecadação de multa de regularização cambial e tributária relativa a ativos mantidos no exterior ou internalizados.

“Art. 1º É aprovado o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, para declaração de recursos patrimoniais transferidos ou mantidos no exterior, **de origem lícita**, inclusive aqueles repatriados ao País, por residentes brasileiros, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições da presente lei. § 1º O RERCT aplica-se aos recursos remetidos para o exterior, **inclusive quando tais condutas tiveram por finalidade ocultar ou dissimular a natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de condutas lícitas**, mantidos no exterior ou repatriados indevidamente, e que não foram declarados até a publicação da presente lei, **cuja conduta possa levar seus titulares a incorrerem nos crimes de sonegação fiscal** e evasão de divisas. § 2º Excluem-se da aplicação da presente Lei os ativos, **bens ou dinheiro de origem ilícita**, decorrentes de infrações penais, **tipificadas como lavagem de dinheiro**, na forma do disposto na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, especialmente, aqueles auferidos por meio de: I - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – terrorismo e seu financiamento; III - contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; SF/15562.40390-52 2 IV - extorsão mediante sequestro; V – ato contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – ato contra o sistema financeiro nacional; VII – atividade praticada por organização criminosa. VIII – particular contra a administração pública estrangeira, previstos nos arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal” (grifou-se).²⁷

A proposta legislativa deixa claro que os recursos auferidos com a sonegação fiscal devem ter tratamento diverso daqueles obtidos com outras práticas delituosas, deixando expresso que, enquanto os primeiros podem ser considerados de origem lícita, os demais teriam proveniência ilícita.

O projeto aduz, ainda, em seu artigo 5.º, sobre a anistia dos crimes de sonegação fiscal, esclarecendo, portanto, que mesmo após a consumação dos delitos fiscais, a proveniência dos recursos dele advindos não perderiam, para fins de repatriação ou regularização fiscal, o adjetivo de recursos “lícitos”.

Portanto, esta concepção também deve ser adotada para deslegitimar a possibilidade do delito de sonegação fiscal ser crime antecedente de lavagem.

O que não se pode admitir é a interpretação, à conveniência das diversas esferas de poder, sobre a abrangência do termo “proveniência” no tipo de lavagem, ora, para justificar a aplicação da sanção penal, admitindo-se a sua “contaminação” pelo delito fiscal, ora, para reforçar os cofres públicos, os reconhecendo como lícitos.

²⁷ (RODRIGUES, 2015).

6. Conclusão

Embora a relação entre a sonegação fiscal e o delito de lavagem não seja matéria propriamente nova, reputamos que, sua releitura sob um prisma restritivo, é tema atual e relevante, principalmente diante da alteração legislativa ocorrida em 2012, cujos reflexos práticos estão apenas no início.

Assim, a deslegitimação da aplicação do delito de lavagem para além do que entendemos que esteja previsto no tipo penal, interpretado de forma garantista, certamente ensejará mais uma aplicação indevida da intervenção penal, permitindo-se o exercício abusivo da violência estatal em detrimento de garantias individuais absolutamente irrenunciáveis em nosso contexto constitucional.

7. Referências

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

AULETE, C. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 2. ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A., 1964. 3488 p.

BLANCO CORDERO, I. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada, n. 13-01, p. 01:1-01:46, 2011. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

BONACCORSI, D. V. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 264 p.

BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 383 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 maio 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 31 out. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Medida provisória nº683, de 13 de julho de 2015.** Institui o fundo de desenvolvimento regional e infraestrutura e o fundo de auxílio à convergência das alíquotas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, com a finalidade de facilitar o comércio interestadual e estimular o investimento produtivo e o desenvolvimento regional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv683.htm> Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Código tributário nacional.** 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 188 p.

CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Editora Atlas, 2014. 145 p.

DERZI, M. A. M. **Direito tributário, direito penal e tipo.** 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

KNOPFELMACHER, M. A oportunidade da repatriação de recursos mantidos no exterior. **Revista Consultor Jurídico.** [s. l.], 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-16/marcelo-knopfelmacher-mp-683-permite-repatriacao-recursos>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

LEVY, J. V. F. **EM nº00082/2015 MF.** Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/Exm-MP%20683-15.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MACHADO, H. B. **Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 1º a 95.** 2a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MALHEIROS FILHO, A. Omissão de Rendimentos Presumidos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2007. n. 15. p. 217-230.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Delito fiscal como delito antecedente de conductas de blanqueo de capitales. **Revista de Derecho Penal.** Madrid: Lex Nova Editorial, 2012. Disponível em: <<http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/153261/delito-fiscal-como-delito-antecedente-de-conductas-de-blanqueo-de-capitales>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

MUÑOZ CASALTA, V. **El delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales.** Terrassa: Blog de Derecho Penal de Víctor Muñoz Casalta, 2015. Disponível em: <<https://indubioproblogger.wordpress.com/2015/01/28/el-delito-fiscal-como-antecedente-del-delito-de-blanqueo-de-capitales/>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

MUÑOZ VILLARREAL, A. El delito de blanqueo de capitales y los delitos contra la hacienda pública. **Revista Jurídica de Castilla y León.** Castilla y León, n. 34, set. 2014.

RODRIGUES, R. **Projeto de lei do senado nº 298**. Dispõe sobre o regime especial de regularização cambial e tributária – RERCT de bens não declarados, de origem lícita, mantidos no exterior por residentes e domiciliados no país e dá outras providências. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações, 21 maio 2015. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=166174&tp=1>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

ROSA, R. S. da. Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente da lavagem. **Revista Consultor Jurídico**. [s. l.], 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/sonegacao-fiscal-nao-consiste-infracao-antecedente-lavagem>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

SALOMÃO NETO, E. **Sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, um casal disfuncional**. [s. l.], 2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro-um-casal-disfuncional>>. Acesso em 06 ago. 2015.

SILVA, G. H. S. e. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico**: análise sob a perspectiva do estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. p. 70-83.

ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

LEI Nº 13.167, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015, que altera o disposto no art. 84 da Lei de Execução Penal, para estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 84 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 84.
.....
.....

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

.....
.....

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV - demais condenados pela

prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de outubro de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 7.10.2015

LEI Nº 13.228, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2015, que altera o Código Penal, para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra idoso.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei modifica o art. 171 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com o propósito de estabelecer causa de aumento de pena na hipótese de estelionato cometido contra idoso.

Art. 2º O art. 171 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“Art. 171.

.....

.....

.....

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de dezembro de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.12.2015